Die Verpfändung des Nießbrauchs

nach

römischem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde bei der Juristischen Fakultät der Universität Erlangen

eingereicht von

Hermann Günther,
Kammergerichtsreferendar aus Berlin.

Approbiert am 29. November 1907.

Schönberg i. Mecklb.
Lehmann & Bernhard, Hofbuchdrucker.
1908.

14

Die Verpfändung des Nießbrauchs

nach

römischem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde bei der Juristischen Fakultät der Universität Erlangen

ACAD. LEGD. BAT. BIBL.

eingereicht von

Hermann Günther,
Kammergerichtsreferendar aus Berlin.

Approbiert am 29. November 1907.

Schönberg i. Meckl.
Lehmann & Bernhard, Hofbuchdrucker.
1908.

Referent: Universitäts-Professor Dr. Siber.

Meiner lieben Braut.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549813_0032

Inhaltsverzeichnis.

Erster Teil: Das Römische Recht. Seite

I. Veräußerung und Verpfändung des Nießbrauchs 1
1. Die Veräußerung.
A. Die herrschende Meinung.
B. Die Gegner.
2. Die Verpfändung.
A. Der Quellenbestand.
B. Die Verpfänder.
II. Der Nießbraucher verpfändet den Nießbrauch 2
1. Die dingliche Natur des Pfandrechts.
2. Die Klage des Pfandgläubigers.
A. Die Meinungen in der Literatur.
a. actio hypothecaria.
b. actio confessoria.
B. Würdigung der Meinungen.
a. Ablehnung einer fiduziarischen Stellung.
b. Das Objekt des Pfandrechts.
3. Einfluß der Endigungsgründe des Nießbrauchs auf das Pfandrecht.
A. non usus.
B. Tod des Nießbrauchers.
C. Verzicht.
D. Konsolidation.
4. Ein Pfandrecht an eigener Sache.
III. Der Eigentümer verpfändet den Nießbrauch 8
1. Die dingliche Natur des Pfandrechts.
2. Das Objekt des Pfandrechts.
A. Die Meinungen in der Literatur.
B. Objekt ist die Sache.
3. Der Umfang des Pfandrechts.
A. Nutzpfand.
a. Fruchterwerb.
b. Höchstpersönliche Natur.
B. Veräußerungspfand.
a. Höchstpersönliche Natur.
b. Die Veräußerung des Pfandes.
aa) Ihre Zulässigkeit.
aaa) Aus allgemeinen Gründen.
bbb) Nach c. 1 § 1 C. 8, 23.
bb) Ihre Wirkung.
aaa) Entstehung der Servitut.
bbb) Endigungsgründe der Servitut.

Zweiter Teil: Das Bürgerliche Recht.

I Ist der Nießbrauch übertragbar? 1
1. Die herrschende Meinung.
2. Die abweichende Meinung.
3. Würdigung der Meinungen.
II. Der Nießbrauch als Unterlage des Kredits beim Nießbraucher . . . 2
1. Die Verpfändung des Rechts.
A. Der Stand der Literatur.
B. Die Verpfändung ist unmöglich.
a. § 1274 Abs. 2 BGB.
b. § 857 Abs. 3 ZPO.
2. Wie kann der Nießbraucher sein Recht für den Kredit ausnützen?
A. Durch obligatorischen Vertrag.
B. Durch Überlassung der Ausübung zu Pfandzwecken.
C. Durch Verpfändung der Forderung gegen den Ausübenden.
a) Die Vorteile dieser Verpfändung.
b) Die Entstehung des Pfandrechts.
c) Der Umfang des Pfandrechts.
III. Der Nießbrauch als Unterlage des Kredits beim Eigentümer . . . 2
1. Der Einfluß des deutschen Rechts auf das Pfandrecht.
2. Die Literatur.
3. Die Unmöglichkeit der Verpfändung.
4. Die Arten der Kreditverschaffung.
A. Durch obligatorischen Vertrag.
a. Bei Fahrnis.
b. Bei Liegenschaften.
aa) Zulässigkeit der Vormerkung.
bb) Erfordernisse ihrer Eintragung.
cc) Wirkung der Vormerkung.
aaa) Vor der Fälligkeit des Anspruchs.
bbb) Nach der Fälligkeit des Anspruchs.
ccc) Wirkung in Konkurs, Zwangsvollstreckung, gegen den Erben.
dd) Abtretung des Anspruchs.
B. Durch Erteilung einer Vollmacht zur Bestellung des Nießbrauchs.
a. Erteilung und Widerruf der Vollmacht.
b. Besitzeinräumung.
c. Vergleich mit dem zu A Behandelten.
aa) Bei Fahrnis.
bb) Bei Liegenschaften.
C. Durch Bestellung eines Nießbrauchs.
a. Mit Suspensivbedingung.
b. Mit Resolutivbedingung.
Schlußbetrachtung.

Literaturverzeichnis.

Arndts v. Arnesberg, Lehrbuch der Pandekten. 13. Aufl. Stuttgart 1886.

Derselbe, Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß. N. F. Bd. 8.

Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl. Berlin 1903.

Derselbe, Widerspruch und Vormerkung nach deutschem Grundbuchrecht. Jena 1901.

Bremer, Das Pfandrecht und die Pfandobjekte. Leipzig 1867.

Büchel, Zivilrechtliche Erörterungen. Bd. 1, Nr. 3. Marburg 1832.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Jena 1901.

Cujazius, Opera. Tom. IV. Neapoli 1758,

Dernburg, (H.), Pandekten. 7. Aufl. Berlin 1902.

Derselbe, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. Bd. 1. Leipzig 1860.

Derselbe, Das Bürgerliche Recht dis Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 3. 3. Aufl. Halle 1904.

Dernburg, (J.), in Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß. N. F. Bd. 2.

Elvers, Die römische Servitutenlehre. Marburg 1856.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Berlin 1903.

Enneccerus-Lehmann, Das Bürgerliche Recht. Bd. 2. Marburg 1901.

Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffes nach römischem Recht. Leipzig 1873.

Fischer-Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches. 6. Aufl. München 1904.

Fuchs, Grundbuchrecht. Bd. 1. Berlin 1902.

Gaupp-Stein, Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Bd. 2. 4. Aufl. Tübingen und Leipzig 1902.

Gesterding, Die Lehre vom Pfandrecht. Greifswald 1831.

Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. 2. Leipzig 1905.

Derselbe, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Jena 1897.

Haase, in Iherings Jahrbüchern Bd. 36.

Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1901.

Hepp, in Archiv für zivilistische Praxis Bd. 13.

Kohler, Pfandrechtliche Forschungen. Jena 1882.

Derselbe, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Halbband 1. Berlin 1904.

Lang, in Archiv für zivilistische Praxis Bd. 29.

v. Lüdinghausen, Die Verpfändung des Nießbrauchs nach römischem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch. Leipziger Diss. 1906.
Maenner, Das Recht der Grundstücke. München 1899.
Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. Berlin 1900.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1888.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. 1. Berlin 1900.
Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht. 2. Aufl. Berlin 1900.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Berlin 1902.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung. Bd. 3.
Schmid, in Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß. N. F. Bd. 5.
Sekler, Die Lehre von der Vormerkung nach dem neuen Reichsrecht. München 1904.
Siebeneicher, Die Rechtsstellung desjenigen, dem der Nießbraucher die Ausübung des Nießbrauches übertragen hat. Erlanger Diss. 1898.
Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechts. Halle 1836.
v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Bd. 3. (von Kober). 2. Aufl. München 1903.
Stobbe-Lehmann, Handbuch des Deutschen Privatrechts. Bd. 2. 3. Aufl. Berlin 1897.
Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht. Paderborn. Bd. 1. 1902; Bd. 2. 1900.
v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 7. Aufl. Marburg und Leipzig 1863.
Windscheid, Die Aktio des römischen Zivilrechts. Düsseldorf 1856.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch der Pandekten. 8. Aufl. 1901.

Erster Teil.

Das römische Recht.

I.

Anfangs mußte der Nießbraucher sein Recht selbst ausbeuten. Da er es nicht zu veräußern vermochte, konnte er die Vorteile seiner Stellung nur durch persönlichen Gebrauch, durch eigene Fruchtziehung genießen. Der Prätor jedoch paßte wie in so vielen Fällen so auch hier der großen wirtschaftlichen Umwälzung, wie sie spätere Jahrhunderte mit sich brachten, das starre Zivilrecht der alten Kleinbauern an, indem er eine Veräußerung des Usufruktus ermöglichte. Ob diese zuerst nur mit obligatorischer Wirkung geschehen konnte, etwa als Verpachtung, oder ob der Übernehmer als emptor sofort gegen jeden Angriff von dritter Seite dinglich geschützt wurde, kann hier dahingestellt bleiben. Soviel ist sicher, daß eine Übertragung des ius utendi fruendi — den Fall des Fideikommisses (l. 29 D. 33, 2; l. 29 § 2 D. 7, 4) ausgenommen — niemals stattfinden konnte, vielmehr ging auf den Erwerber nur die Befugnis zur Ausübung des Nießbrauchs über. Die praktische Bedeutung dieser Unterscheidung war, daß der Nießbrauch und damit das Recht des Ausübungsberechtigten in seinen Schicksalen durch die Person des Veräußerers bestimmt wurde. Wenn gesagt wurde, die Unübertragbarkeit des Nießbrauchs quoad ius sei allgemein anerkannt, so muß gleich hier darauf hingewiesen werden, daß Elvers[1]) und nach ihm J. Dernburg[2]) diesen Rechtssatz in Zweifel gezogen haben. Doch

[1]) Röm. Servitutenlehre. S. 249.

[2]) Zeitschr. f. Zivilrecht und Prozeß N. F. Bd. 2, S. 53.

hat ihre Ansicht eine irgendwie nennenswerte Verbreitung nicht gefunden und ist von Windscheid[3]) so ausführlich widerlegt worden, daß sie hier übergangen werden kann.

Ferner wurde eine Verpfändung des Nießbrauchs zugelassen, wie aus l. 15 pr. D. 20, 1; l. 8 pr. D. 20, 6 und vor allem aus der l. 11 § 2 D. 20, 1 hervorgeht, in der Marzian über ein diesbezügliches responsum Papinians berichtet.

Die Verpfändung eines Nießbrauches ist auf zweifache Art denkbar. Sie kann erfolgen durch den Inhaber eines bestehenden Ususfrukts, oder es kann vom Eigentümer eine noch nicht vorhandene Servitut zum Pfande gegeben werden. Auch an diese zweite Möglichkeit denkt Marzian in l. 11 § 2 D. 20, 1, wenn er schreibt „sive dominus proprietatis convenerit sive ille qui solum usum fructum habet." Es werden also im folgenden beide Fälle zu untersuchen sein.

II.

Hat der Nießbraucher an seinem Ususfrukt ein Pfandrecht bestellt, so wird der Prätor den Gläubiger durch eine exceptio schützen, und zwar nicht nur gegen den Nießbraucher selbst, sondern auch gegen den Eigentümer der dienenden Sache. Damit ist gesagt, daß das Pfandrecht gegen jedermann dinglich wirken soll, da jeder Dritte sein Recht nur vom Ususfruktuar oder vom dominus herleiten kann und nicht besser gestellt sein darf als sein Gewährsmann. Allerdings gilt diese Rechtsfolge nur für Rechte, die nach der Pfandbestellung erworben sind, denn, wenn etwa der Ususfruktuar seinen Nießbrauch quoad exercitium vorher verkauft hatte, so wird ein von ihm bestelltes Pfandrecht dem Käufer gegenüber wirkungslos sein, da durch den Verkauf das Verfügungsrecht des Servituteninhabers erschöpft ist. Daß dem Pfandgläubiger durch die l. 11 ein dingliches Recht zuerkannt wird, ist in der Literatur allgemein anerkannt. Auch daß dem Faustpfand in den Quellen die Hypothek am Nießbrauch gleich-

[3]) Aktio S. 137 ff.

gestellt wird, ist fast einstimmig zugegeben.[4]) Deshalb kann dem Schlusse von der exceptio des Faustpfandgläubigers auf eine dingliche actio des Hypothekars nichts im Wege stehen. Wie man sich diese Klage zu denken hat, ist eine Streitfrage, deren Beantwortung von der juristischen Konstruktion dieses Pfandrechts abhängt. Aber gerade diese Konstruktion des durch die Verpfändung begründeten Rechts macht die größten Schwierigkeiten und ist von den Anhängern der Theorie vom Recht am Recht naturgemäß anders versucht worden als von ihren Gegnern.

So ist nach Bremer,[5]) für den jedes Pfandrecht, sogar das vom Eigentümer bestellte Sachpfandrecht, ein Recht am Recht darstellt, auch der Fall des verpfändeten Nießbrauchs nach der allgemeinen Regel zu behandeln. Nach ihm entsteht ein Pfandrecht am Recht des Nießbrauchers, wie bei Verpfändung einer res corporalis am Recht des Eigentümers, das also durch die actio hypothecaria[6]) geschützt werden muß und den Gläubiger zur Veräußerung der Ausübungsbefugnis befugt. Da Windscheid auch den Begriff des Rechts am Recht billigt, wenn er ihn auch wesentlich modifiziert,[7]) so entscheidet er sich — Büchel[8]) und Sintenis[9]) kommen zum gleichen Ergebnis — für eine actio confessoria,[10]) denn „es ist das verpfändete Recht, welches der Pfandgläubiger geltend macht. Aber das verpfändete Recht macht er kraft eigenen Rechts, kraft des Pfandrechts, geltend (er hat eine actio suo, nicht procuratorio nomine).“ Mit dem letzten Satz wendet sich Windscheid gegen Arndts, der in der Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß[11]) die actio des Pfandgläubigers für die zedierte confessoria des Verpfänders erklärt. Da die Klage aber auch gegen den Nießbraucher selbst erfolgreich angestrengt werden kann, ist

---

[4]) Vergl. Hepp, S. 345; Lang, S. 332.
[5]) Bremer, S. 45.
[6]) Bremer, S. 126.
[7]) Windscheid, Pandekten § 48 a.
[8]) Büchel, S. 98.
[9]) Sintenis, S. 127.
[10]) Windscheid, Pandekten § 239 Note 2.
[11]) N. F. Bd. 8, S. 98.

diese Auffassung Arndts, gegen welche auch noch andere Gründe sprechen,[12]) zu verwerfen. Indem sich Dernburg gegen die Analogie der Verpfändung körperlicher Sachen wendet, wie sie z. B. Elvers versucht habe, gibt er, der wenigstens für das römische Recht die Rechte an Rechten nicht anerkennt,[13]) einen eigenen Weg zur Konstruktion unseres Pfandrechts an.[14]) „Der Pfandgläubiger wurde," so schreibt Dernburg, „nach Analogie des Forderungspfandes an die Stelle des Berechtigten gesetzt, so jedoch, daß alle seine Befugnisse zur Tilgung der Forderung bestimmt waren. . . . Ihm steht eine actio confessoria utilis zu." Mit dieser Aufzählung sei der Bericht über die Konstruktionsversuche geschlossen.

Wie hat man sich zu diesen Auffassungen von der juristischen Natur unseres Pfandrechts zu stellen? Was die utilis actio confessoria Windscheids und Dernburgs angeht, gewinnt durch sie die Stellung des Pfandgläubigers eine große Ähnlichkeit mit der des fiduziarischen Eigentümers. Nachdem sich aber die römische Rechtsordnung zur Zeit, als die Pfandbestellung durch den Nießbraucher zulässig wurde, von der schwerfälligen fiducia längst zu viel zweckmäßigeren Formen der Verpfändung durchgerungen hatte, wird die Jurisprudenz der Kaiserzeit schwerlich für die Durchführung einer Neuerung auf dieses alte Mittel zurückgegriffen haben, zumal es in seinen Wirkungen zu gefährlich war. Durch die actio confessoria erhält der Gläubiger eine über den Zweck der Verpfändung hinausgehende Macht gegen den Nießbraucher, falls man seine Klage nicht irgendwie einschränkt. Entschließt man sich aber zu einer von der Regel abweichenden Gestaltung ihres Inhalts, so ist die actio keine confessoria mehr, und es ist mit ihrer Bezeichnung als solche nichts geholfen. Weit annehmbarer erscheint das Ergebnis Bremers, daß es sich um die actio hypothecaria handele. Wer aber mit der richtigen Ansicht die Theorie eines Rechtes am Recht verwirft,[15]) kann dem genannten Schriftsteller auf seinem Wege nicht folgen. Wenn es nicht möglich

[12]) Vergl. Windscheid, Aktio S. 136 ff.
[13]) Dernburg, Pandekten § 249 Note 8.
[14]) Dernburg, Pfandrecht Bd. 1, S. 487.
[15]) Vergl. hierzu Kohler, Forsch. S. 44 ff.

wäre, sein Ergebnis anderweitig zu begründen, müßte man trotz der Brauchbarkeit desselben darauf verzichten. Diese Möglichkeit ist aber gegeben. Wenn man von einer Verpfändung des Nießbrauchs spricht, so ist diese Ausdrucksweise nur der Kürze wegen zu billigen; in Wahrheit wird gar nicht die Servitut, sondern die ihr unterliegende Sache verpfändet.[16])

Es wird nicht ein Pfandrecht am ius utendi fruendi begründet, sondern einzig und allein an der res corporalis.[17]) Nur bei dieser Auffassung erzielt man Ergebnisse, die juristisch und wirtschaftlich wohl zu befriedigen vermögen. Wenn man sich vergegenwärtigt, daß dem Nießbraucher die Art seiner Rechtsausübung völlig frei steht, wie er das Landgut selbst bebauen, wie er es gegen regelmäßigen Zins einem anderen zur Bewirtschaftung überlassen kann, ja, wie er es gegen eine einmalige Abfindung mit dinglicher Wirkung zur Benutzung ausliefert — das gerade bedeutet der quellenmäßige Ausdruck usumfructum vendere —, so ist ersichtlich, daß der Nießbraucher ähnlich wie der Eigentümer über die Sache verfügen darf. Ihre Schranken findet diese seine Verfügungsberechtigung nur in dem Zwecke des Nießbrauchs, indem jede Verfügung des Usufruktuars ein uti oder frui darstellen muß, d. h. der Nießbraucher kann nur solche Bestimmungen über die Sache wirksam treffen, durch die er sich einen Vorteil im weitesten Sinne des Wortes verschafft. Vor allem aber kann er nicht in die Herrschaftssphäre des Eigentümers eingreifen, sondern alle seine Rechtsgeschäfte haben nur soweit Wirkung, als sie die nuda proprietas nicht verletzen. Warum sollte er im Rahmen seines Rechts nicht auch durch Verpfändung über die Sache verfügen können? Ein uti frui ist die Verschaffung von Kredit doch ganz gewiß; eine Gefahr für den dominus ist dabei aber nicht vorhanden, da nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet.[18]) Demnach kann der Nießbraucher die Sache nicht mit der Wirkung verpfänden, daß sie auch nach dem normalen

[16]) Exner, S. 62.
[17]) Vergl. zum folgenden Exner, S. 63 ff.
[18]) l. 54 D. 50, 17.

Erlöschen seines ius utendi fruendi und damit seiner Verfügungsberechtigung verhaftet bleibt. Sicut re corporali extincta, ita et usu fructu exstincto pignus hypothecave perit.[19])

Wie aber kurze, aus dem Zusammenhang herausgerissene Sätze oft ungenau werden, so darf man auch in dem soeben zitierten Ausspruch Marzians nicht mehr als eine Regel sehen, der es an Ausnahmen nicht fehlen kann, soll nicht anders das Pfandrecht am Nießbrauche ein lächerliches Gebilde sein. Eine nähere Erörterung der einzelnen Endigungsgründe des Nießbrauchs dürfte diese Behauptung bekräftigen. Um den non usus von der Betrachtung auszuscheiden, sei darauf hingewiesen, daß der Verlust des Nießbrauchs infolge des Nichtgebrauchs nie eintritt, wenn der Berechtigte irgend welchen Vermögenswert aus seinem Rechte gewinnt,[20]) sei es auch nur nummus unus.[21]) Wenn er sich also durch Pfandbestellung Kredit verschafft, so genießt er in ihm die Vorteile seiner Stellung und ist damit vor dem Verlust seines Rechts geschützt.

Anders steht es selbstverständlich mit dem Tode des Verpfänders. Durch diesen und in Rom auch durch capitis deminutio maxima und media endigen Nießbrauch und Pfandrecht auf jeden Fall. Ausnahmen von Marzians Regel bilden nur die beiden letzten noch zu besprechenden Endigungsgründe des Usufrukts. Was zunächst den Verzicht angeht, so kann der Nießbraucher durch ihn sein Genußrecht aufgeben und dadurch die nuda proprietas zum vollen dominium anschwellen lassen, ohne aber das zuvor von ihm begründete Pfandrecht auch nur im geringsten zu beeinflussen. Letzteres besteht unmittelbar an der Sache und hängt vom Nießbrauch nur insoweit ab, als es der Verpfänder nur in den Grenzen seines Verfügungsrechts bestellen konnte. Wohl ist ihm durch die Rechtsordnung vorherbestimmt, durch die vom Willen des Bestellers unabhängigen Gründe mit dem Nießbrauch unterzugehen, doch der Verpfänder kann ihm durch Auf-

[19]) l. 8 pr. D. 20, 6.
[20]) l. 12 § 2; l. 39 D. 7, 1.
[21]) l. 66 D. 23, 3.

gabe seines Rechts so wenig den Todesstoß versetzen wie der Eigentümer durch Dereliktion.[22]) Wer sich der Herrschaft begibt, macht darum frühere Verfügungen noch nicht ungeschehen. Wie stellen sich die anderen Theorien dazu? Dernburg läßt durch den Verzicht des Nießbrauchers das Pfandrecht untergehen und verweist den seiner realen Sicherheit beraubten Gläubiger auf die actio pignoraticia contraria oder die vielleicht begründete Anfechtung mittels der actio Pauliana. Daß der Schuldner in dieser Weise seinem Gläubiger mitspielen kann, ist sicherlich kein befriedigendes Ergebnis und wird den Kredit sehr beeinträchtigen. Um diese Unbilligkeit zu vermeiden, läßt Windscheid das Pfandrecht fortbestehen, indem er sagt: „Das verpfändete Recht, während es sonst untergeht, dauert für das Pfandrecht fort."[23]) Da diese Worte eine Fiktion enthalten, ist gar nichts geholfen. Denn mag sich auch der Gesetzgeber der Fiktion als eines brauchbaren Mittels bedienen, sobald sich die Wissenschaft mit ihr zu behelfen sucht, will sie nur den Bankerott vermeiden. Mit dieser Annahme eines untergegangenen Rechts als fortbestehend, erweist sich der Windscheidsche Aufbau unseres Pfandrechts als unbrauchbar. Sogar seine Anführung der l. 3 § 2 D. 7, 2 kann daran nichts ändern, da eine Fiktion, selbst wenn sie sich im Gesetz findet, nicht ohne weiteres zur beliebigen Anwendung auf andere Fälle ermächtigt.

Für den Fall der Konsolidation[24]) läßt Dernburg gerade so wie beim Verzicht das Pfandrecht untergehen, und Windscheid sucht mit der eben besprochenen Fiktion zu helfen, während Bremer folgendermaßen schreibt:[25]) „Der Pfandgläubiger, dem bisher die Befugnis zustand, ein bereits existierendes dingliches Recht evtl. gegen Entgelt zu veräußern, erhält nunmehr nach Untergang dieses Rechts die andere Befugnis, ein mit dem untergegangenen übereinstimmendes Recht gegen Entgelt evtl. neu zu begründen." Sehr richtig fragt Exner[26]) nach dem Unterschiede dieses neuen Pfandrechts vom alten.

---

[22]) Kohler, Forsch. S. 45.
[23]) Windscheid, Pandekten § 248 Note 11.
[24]) § 3 I. 2, 4.
[25]) Bremer, S. 167.
[26]) Exner, S. 69.

Ohne eine Begründung nimmt Sintenis[27]) das Fortbestehen des Pfandrechts an, da es kein anderes Mittel gebe, um zu verhindern, daß der Gläubiger „auf gesetzliche Weise um das Seinige geprellt werde." Wer aber annimmt, daß der Nießbraucher ein Pfandrecht an der Sache bestellt hat, kann ohne jedes Bedenken die Fortdauer desselben behaupten, da es von seiner Bestellung an nur den Tod des Verpfänders oder den Untergang der Sache als Endigungsgrund kennt.

Auch wenn das bunte Spiel des Lebens Pfandrecht und nuda proprietas einmal in einer Hand vereinigen sollte, geht die Belastung nicht unter. Wohl kann der Eigentümer der Regel nach kein Pfandrecht an der eigenen Sache haben, weil sie ihm kraft des dominium gänzlich unterworfen ist. Wenn aber seine Herrschaft über die Sache durch die Abtrennung des Ususfrukts eingeengt worden ist, so kann er auch ein ius in re an ihr erwerben, das sein Machtkreis nicht aufweist. Damit wächst ihm ein Verfügungsrecht an, das er vorher nicht hatte, ähnlich als wenn der Nießbraucher ihm die Ausübung überträgt.[28]) Ein Pfandrecht an der eigenen Sache zu haben, scheint nicht schlechthin undenkbar, sondern unlogisch und daher von den Römern verworfen ist nur, daß jemand als Pfandrecht erhält, was er als Bestandteil des Eigentums längst hatte.

III.

Wenn Marzian in der l. 11 § 2 D. 20, 1 sagt: „Usus fructus an possit pignori hypothecaeve dari, quaesitum est sive dominus proprietatis convenerit sive ille qui solum usum fructum habet," so zieht er auch den Fall, daß der Eigentümer den noch nicht bestehenden Nießbrauch verpfändet, in seine Erörterung hinein. Jedoch spricht er im weiteren Verlaufe der Stelle nur von der Pfandbestellung durch den Servitutenberechtigten. Bedurfte der erste Fall vielleicht keiner Besprechung, da seine rechtliche Beurteilung allgemein bekannt war, oder ist der

[27]) Sintenis, S. 132 Note 3.

[28]) Vergl. Siebeneicher, S. 33.

hm gewidmete Text von den Kompilatoren entfernt worden? Für das gemeine Recht muß man jedenfalls aus dem recht dürftigen Quellenmaterial die Gestalt des dabei entstehenden Pfandrechts zu erkennen suchen. Von jeher war man bestrebt, aus einer Vergleichung mit dem Recht, wie es der Gläubiger vom verpfändenden Nießbraucher empfängt, die richtige Anschauung zu gewinnen. Sofern der Inhaber des Ususfrukts mit dinglicher Wirkung verpfänden kann, muß dies dem Eigentümer um so sicherer möglich sein. Die größere Schwierigkeit liegt für die Mehrzahl der Schriftsteller daher weniger in der Frage, mit welcher Wirkung handelt der Eigentümer, als vielmehr in der Auffindung dessen, was er verpfändet. Um für das Pfandrecht einen geeigneten Gegenstand zu finden, sind die mannigfachsten Versuche gemacht worden, über die zunächst berichtet werden soll.

Wie für das vom Nießbraucher abgeleitete Pfandrecht hilft sich Dernburg,[29]) indem er den Gläubiger loco usufructuarii stellt. „Der Verpfänder übergibt dem Pfandgläubiger pignoris causa die Servitut. Der Gläubiger wurde Servitutberechtigter, hatte aber alle seine Befugnisse für die Deckung der Pfandschuld zu verwenden." Obgleich sich natürlich eine derartige fiduziarische Bestellung denken läßt, genügt diese Erklärung aus früher angeführten Gründen nicht und wird dehalb von Kohler[30]) mit Recht zurückgewiesen. Elvers durchschlägt den gordischen Knoten mit dem zweischneidigen Schwert der Fiktion, indem er erklärt, ‚daß die dem Rechte nach allerdings noch nicht existierende Servitut als schon vorhanden angenommen und an dieser fingierten unkörperlichen Sache mit der actio hypothecaria das Veräußerungsrecht geltend gemacht werde." [31]) Daß diese Darlegung auf die Bezeichnung als Konstruktionsversuch keinen Anspruch zu erheben vermag, erhellt auf den ersten Blick. Steht sie doch in ihrer wissenschaftlichen Methode noch zurück hinter den Bemühungen des 16. Jahrhunderts, das hier in einem Satze des Cujaz zu Worte

[29]) Pfandrecht, S. 491.
[30]) Forsch. S. 39.
[31]) Ähnlich wohl auch Schmid, S. 343.

kommen soll. „Etiam dominus proprietatis, qui usumfructum pignori dat, non pignerat servitutem ususfructus quam nec habet in re sua (ususfructus est ius alienis rebus utendi, non suis) sed pignerat perceptionem et commodum fructuum, factum non ius.“ [32]) Trifft der große Franzose auch nicht das richtige, so bemüht er sich doch redlich, die Rechtslage zu deuten, und läßt sich nicht daran genügen, mit inhaltlosen Worten den Leser über die Schwierigkeit hinwegzutäuschen. Ebensowenig kann es befriedigen, wenn man mit Büchel [33]) „gewisse Befugnisse, die später die Servitut ausmachen sollen, zurzeit zwar nicht als Servitut, aber als intellektuelle Bestandteile des Eigentums vorhanden sind,“ zum Gegenstande des Pfandrechts nimmt, da diese Darstellung in Wahrheit nur zugibt, daß das Pfandrecht sich an etwas weder als Sache noch als Recht vorhandenes anklammert. [34]) Endlich sei ihrer Eigenart wegen die Theorie Bremers erwähnt. Wie er niemals ein Pfandrecht an der Sache anerkennt, sondern immer nur das Recht, das der Verpfänder an der Sache hat, für den Gegenstand der Belastung erklärt, so ist für ihn auch in diesem Falle das Eigentum Pfandobjekt, jedoch so, daß es vom Gläubiger nicht zwecks seiner Befriedigung auf einen anderen übertragen, sondern nur in bestimmter Richtung, nämlich durch Servitutenbestellung ausgeübt werden kann.

Wie bei der Bestimmung der Klage des Pfandgläubigers, der sein Recht durch den Nießbraucher erhielt, ist auch hier Bremer im Resultate der Wahrheit am nächsten. Sobald ein anderer Gedankengang zum gleichen Ziele führt, ohne daß es des Rechts am Rechte bedarf, scheint die schwierige Konstruktionsfrage gelöst. Von Windscheid [35]) und noch ausführlicher von Kohler [36]) ist der allein richtige Weg gewiesen worden. War bei der Verpfändung durch den Nießbraucher nachzuweisen, daß allein die Sache Objekt des Pfandrechts war, so liegt es hier nicht im geringsten anders.

[32]) Cujacius, lib. XI Resp. Pap. 1329.
[33]) Büchel, S. 79.
[34]) Vergl. hierzu Kohler, Forsch. S. 38.
[35]) Pandekten § 227 am Ende.
[36]) Forsch. S. 36.

„Die Verpfändung eines zu konstituierenden Ususfruktus ist nichts anderes, als die Verpfändung der Sache selbst mit einer Ausbeutungsbefugnis, welche sich in den Schranken des Ususfrukts hält. Gegenstand der Verpfändung ist das Sachgut; es ist Gegenstand des Rechts, hier ebenso, wie es der Gegenstand des Rechts ist bei Ususfrukt, bei Realservitut und bei dem gewöhnlichen Pfandrecht, nur daß eben dem Berechtigten nicht alle, sondern nur bestimmte wirtschaftliche Funktionen des Sachgutes zustehen.“[37]) Der Eigentümer ermächtigt bei der gewöhnlichen Verpfändung den Gläubiger zu einer Verfügung über die Sache, die ihm selbst jede Herrschaft raubt. Was sollte ihn hindern, anstatt einer so weit gehenden Macht dem Gläubiger nur die Bestellung eines Ususfrukts einzuräumen? Wenn der Nießbraucher die Sache vermöge seines bescheidenen Verfügungsrechts mit einem derartigen Pfandrecht belasten konnte, so muß diese Befugnis noch viel mehr dem Eigentümer zugestanden werden, der eine schrankenlose Macht über die Sache innehat. Welche rechtlichen Wirkungen der Verpfänder durch seine Betätigung hervorruft, wird nunmehr zu untersuchen sein.

In Ermangelung von Quellenstellen, die sich mit einer näheren Regelung des Pfandrechts an der servitus constituenda beschäftigen, wird es unabweislich sein, die einzelnen Rechtsfolgen aus allgemeinen Grundsätzen abzuleiten. Hierbei wird man von den Regeln über das Vollpfandrecht ausgehen müssen und sie soweit einschränken, als es der Zweck, der mit dem vorliegenden Rechtsgeschäft erreicht werden soll, die Haftung des noch nicht bestehenden Nießbrauchs, gebietet. Wenn die Römer bei der regelmäßigen Verpfändung der Sache ein Nutzungspfand neben dem reinen Veräußerungspfand kennen und ersteres wieder mit oder ohne pactum ne distrahatur in den Quellen erscheint, so ist kein Grund vorhanden, um diese Mannigfaltigkeit bei der Verpfändung in den Schranken des Nießbrauchs irgendwie zu beanstanden. Kam dort die Antichrese vor, weshalb sollte sie hier fehlen? Ja, handelte es sich um ein Pignus, so wird sogar ein Fruchtziehungsrecht die

[37]) Kohler, Forsch. S. 36.

Regel gewesen sein.[38]) Während aber der Pfandgläubiger die Früchte regelmäßig durch Separation erwirbt, wird er sie beim Nutzpfand im Rahmen des Ususfrukts, sei es, daß der Eigentümer, sei es, daß der Fruktuar es bestellte, erst durch die Perzeption zu eigen erhalten. Einmal kann man diese Beschränkung mit Kohler[39]) damit begründen, „daß der Berechtigte ein Pfandrecht an der Sache mit der Befugnis der Ausbeute in der Sphäre des Ususfruktes erwirbt," sodann aber spricht für ihre Richtigkeit folgende Erwägung: Zur Zeit Marzians stand der Einfügung der Verfallsklausel in den Pfandvertrag noch nichts im Wege. Sobald sie in Wirksamkeit tritt, wird aus dem Pfandgläubiger ein Nießbraucher, der nach den Quellen erst durch seine Erwerbstätigkeit die Früchte erhält.[40]) Dabei wäre es recht sonderbar, wenn derselbe Pfandgläubiger, der vor der Fälligkeit durch Separation Eigentümer wurde, nunmehr nur durch Perzeption die Erzeugnisse in sein Vermögen brächte, also ein schlechteres Recht hätte als vorher. In diesem Punkte wird man die Regel des Nießbrauchs auf das Pfandrecht anwenden müssen.

Auch noch andere Elemente des Nießbrauchs nimmt das Pandrecht in sich auf. Da es nicht ein Pfand an der ganzen Sache ist, sondern nur „die Ausbeute in der Sphäre des Ususfrukts"[41]) gestattet, muß zum mindesten das bloße Nutzungspfand dieser Personalservitut ähnlich durch den Tod des Gläubigers oder mutatio substantiae erlöschen. Wenn sich auch hierfür aus den Quellen kein Beleg bringen läßt, folgt es doch aus der Erwägung, daß sonst für ein Nutzungspfand die res pignori data und ususfructus pignori datus, jenen geringen Unterschied des Fruchterwerbs ausgenommen, von völlig gleicher Wirkung wären. Dagegen darf auch nicht der Einwurf erhoben werden, daß man sich durch die Aufnahme solcher Beschränkungen praktisch zur fiduziarischen Einräumung der Servitut bekennt, wie sie Dernburg behauptet.

---

[38]) Vergl. Hepp, S. 348.
[39]) Forsch. S. 262.
[40]) § 35 I. 2, 1.
[41]) Kohler, Forsch. S. 262.

Von dieser Konstruktion unterscheidet sich die hier für richtig anerkannte Auffassung in zweifacher Hinsicht.

Einmal fällt nämlich mit der Tilgung der Schuld das Pfandrecht ipso iure in sich zusammen, während bei der Fiduzia nur eine obligatorische Verpflichtung zur Rückgabe des übertragenen Gegenstandes, d. h. im vorliegenden Falle zum Verzicht auf die Servitut entsteht; andererseits geht allein das Pfandrecht wegen seiner akzessorischen Natur auf jeden Erwerber der Forderung ohne weiteres über, allerdings ohne in seinen Schicksalen von der Person des ersten Gläubigers unabhängig zu werden.[42])

Was für das Nutzungspfand richtig ist, wird auch für das Veräußerungspfand nicht geleugnet werden können, denn es ist nicht abzusehen, inwiefern durch das Fehlen des pactum de non distrahendo das Recht des Gläubigers mit einer größeren Lebensdauer ausgerüstet und vererblich gemacht werden solle. Vielmehr entspricht das Verkaufspfand dem Nutzungspfand. Ob aber überhaupt die Veräußerung des Nießbrauchs dem Pfandgläubiger erlaubt war, ist streitig.

Je weiter die Rechtsordnung in der Entwicklung fortschreitet, desto mehr wird das Veräußerungsrecht ein regelmäßiger Bestandteil des Pfandrechtes und das Nutzungspfand bleibt an praktischer Bedeutung zurück. Trotzdem verneint Gesterding[43]) für den Fall der Verpfändung des Usufrukts die Verkaufsbefugnis und setzt sich dadurch zu allen andern Schriftstellern in Widerspruch. In der Tat liegt auch kein Grund vor, dem Gläubiger eine Möglichkeit der Befriedigung zu nehmen, die in Rom zur Zeit des Marzian ganz gewiß zum gesetzlichen Inhalt des Pfandrechts gehörte.[44]) Außerdem spricht folgendes Reskript Gordians für die Verkaufsbefugnis:[45]) Sed si vos usum fructum possessionis tantummodo pignori dedistis, isque qui accepit alii eam possessionem, cuius usum fructum nexum habebat,

[42]) Kohler, Forsch. S. 262.
[43]) Gesterding, S. 72.
[44]) Paul. Sent. II 5, § 1.
[45]) Büchel, S. 93.

sine vestra voluntate pigneravit, creditor eius in id, quo pignoris vinculum non constitit, distrahens dominio vos privare nequivit.[46]) Ein Pfandgläubiger, dem nur der Usufrukt eines Grundstücks verfangen ist, belastet den Fundus. Da bei dem zweiten Gläubiger nur ein Pfandrecht von demselben Umfange wie bei seinem Gewährsmann entstehen kann, beraubt er durch den Verkauf den ersten Verpfänder nicht des Eigentums, da es nicht verhaftet war. Aus der Begründung des Kaisers ist ersichtlich, daß die Veräußerung in Hinsicht auf den Nießbrauch wirksam ist. Kann aber der zweite Pfandgläubiger die Servitut veräußern, so kann auch dem ersten dabei nichts im Wege stehen.

Nachdem Gesterdings Ansicht als irrig abgelehnt worden ist, bleibt noch zu untersuchen, aus wessen Person der auf Grund Pfandrechts bestellte Nießbrauch seine Endigungsgründe nimmt.

Über diesen Punkt besteht lebhafter Streit. Dernburg und jeder, der mit ihm die verpfändete Personalservitut fiduziarisch dem Gläubiger einräumt, kann ihm nur ein Recht zur Veräußerung der Ausübung geben, wobei der creditor für das Ende von ius und exercitium ususfructus maßgebend bleiben muß. Wer aber mit der richtigen Ansicht den Nießbrauch erst durch die Geltendmachung des Pfandrechts entstehen sieht, macht zum Subjekte der Servitut quoad ius wie quoad exercitium den Käufer. Durch dessen Tod endigt denn auch der Nießbrauch bei Büchel,[47]) Sintenis,[48]) v. Vangerow[49]) und wohl auch nach Windscheid.[50]) Dem tritt aber mit Recht Kohler entgegen, indem er die Abhängigkeit der durch Pfandverkauf begründeten Servitut von der Person des Pfandgläubigers behauptet. Wenn er als Grund hierfür angibt, daß „Nutzungspfand und Distraktionspfand im Zweifel einander entsprechen,“[51]) so wird man die Richtigkeit seiner Auslegung kaum anzweifeln können. So gut oben gesagt

[46]) c. 1 § 1 C. 8, 23.
[47]) Büchel, S. 92.
[48]) Sintenis, S. 123.
[49]) v. Vangerow, S. 811.
[50]) Pandekten § 227 Note 11.
[51]) Kohler, Forsch. S. 263.

wurde, daß allein durch Hinzutreten der Verkaufsbefugnis ein Pfandrecht, welches ohnedem von der Lebensdauer des Gläubigers abhängt, nicht vererblich wird, so gut muß auch hier geleugnet werden, daß durch den Verkauf, der sich hier als entgeltliche Bestellung der Servitut darstellt, der Pfandgläubiger die fremde Sache für längere Zeit mit einem dinglichen Recht beschweren könne, als sein eigenes Recht gedauert hätte. Wenn aber Kohler seine Meinung weiterhin darauf stützt, „es könne nicht wohl als die den Verhältnissen entsprechende Verkehrsmeinung erachtet werden, daß es der Pfandgläubiger in der Hand haben soll, nach seinem Belieben einen Ususfrukt von Alt oder Jung, von Greis oder Knabe zu bestellen, oder gar den 100jährigen Ususfrukt einer juristischen Person zu begründen,“[52]) so dürfte diese Erwägung bei näherer Prüfung weniger stichhaltig erscheinen. Die Kaiserzeit begrüßte in der Verpfändung des Ususfrukts ein neues Mittel zur Beschaffung von Kredit, der ohnehin immer schwerer zu erlangen war. Darum konnte das neue Institut wohl derart geregelt werden, daß der Nießbrauch möglichst hoch beliehen werden sollte. Wenn die Person des Käufers für sein Ende maßgebend wurde, war sein Wert wohl größer als im andern Falle, denn jeder Gläubiger konnte auf kurze Zeit — auf eine lange Frist war es wegen der oben besprochenen zeitlichen Beschränkung des Pfandrechts nicht ratsam — hohe Beträge darauf leihen, da er durch den Verkauf gedeckt war. Sobald die Summe den Nutzungswert mehrerer Jahre überstieg, konnte natürlich nicht ein alter, sondern nur ein junger Mann die Servitut kaufen. Daß man nur zur Sicherung für ein größeres Darlehn den Nießbrauch, etwa an einem Landgut, verpfändete, wird die Regel gewesen sein, da sonst wohl eine Verhaftung der Früchte zweckentsprechender war. Somit war auch der Verkauf an einen Jüngling sicherlich der weitaus häufigere, da nur ein solcher trotz des hohen Preises einen Vorteil erwarten konnte. Dazu kommt noch, daß der spekulative Charakter, den diese Verpfändung unter allen Umständen hat, viel mehr hervortritt, wenn der Gläubiger die Bestimmung der Dauer des Nießbrauchs in

[52]) Kohler, Forsch. S. 263.

der Hand hat. In der Hoffnung auf einen günstigen Verkauf mochte mancher Geldmann das Pfandobjekt recht hoch beleihen. Hatte man damit nicht ein vorzügliches Kreditmittel gefunden? Wenn der Verpfänder sich einem ehrenwerten Kapitalisten anvertraute, so setzte er sich auch einer Verschleuderung kaum aus, durch die er allerdings bei einem gewissenlosen Gläubiger leicht schweren Schaden erleiden konnte. Welche Verpfändung ist aber nicht mit Gefahren verbunden?

Bleibt die Person des Gläubigers für die Endigung des Nießbrauchs entscheidend, so ist eine notwendige Folge, daß eine nennenswerte Summe nur von einem jungen Geldmanne, dem menschlicher Voraussicht nach noch ein langes Leben beschert ist, hergegeben wird, denn der Erlös aus dem etwaigen Verkaufe wird hier ungleich weniger schwanken als dort. Infolgedessen ist der nicht zahlende Verpfänder mit Sicherheit auf lange Zeit seines Nießbrauchs beraubt, es sei denn, daß ein plötzlicher Tod ihn wider alles Vermuten von seinem Gläubiger befreit.

Stellt man die Folgen beider Theorien in dieser Weise nebeneinander, so wird man zugeben müssen, daß die wirtschaftlichen Vorteile und Gefahren, die sie im Gefolge haben, sich etwa die Wage halten. Ob unter den römischen Kaisern die Dauer des kraft Pfandrechts bestellten Usufrukts vom Käufer oder Gläubiger abhängig war, wird mit Sicherheit heute niemand erweisen können. Für die Zeit vor Konstantin wird der Frage nur geringe praktische Bedeutung beizumessen sein, da, wenn irgendwo, so hier die lex commissoria am Platze war.[53]) Da aber wegen der Dürftigkeit der Quellen nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden ist, muß man sich für das gemeine Recht zu der von Kohler aufgestellten Regel bekennen und die Endigungsgründe aus der Person des Gläubigers entnehmen.

[53]) Kohler, Forsch. S. 264.

Zweiter Teil.

Das Bürgerliche Recht.

I.

Soweit ein Recht nicht übertragbar ist, kann ein Pfandrecht an dem Rechte nicht bestellt werden.[54]) Für die Prüfung der Frage, ob der Nießbrauch verpfändet werden kann, bedarf es also zunächst der Feststellung, ob er wenigstens teilweise übertragen werden kann. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist der Nießbrauch nicht übertragbar.[55]) Die Ausübung kann einem anderen überlassen werden. Es steht also wie nach gemeinem Recht, so auch nach dem BGB. einer entgeltlichen oder unentgeltlichen Überlassung der Ausübungsbefugnis nichts im Wege. Ist in der Überlassung der Ausübung eine Übertragung des Nießbrauches oder doch eines in ihm enthaltenen Teilrechts zu erblicken? Die Antwort auf diese Frage ergibt eine Betrachtung der Stellung des Ausübungsberechtigten.

Nach der herrschenden und richtigen Meinung entsteht durch die Überlassung der Ausübung nur eine obligatorische Rechtsbeziehung zwischen dem Nießbraucher und dem Ausübungsberechtigten. Letzterer hat eine persönliche Klage gegen den Nießbraucher. Für ein dingliches Recht des zur Ausübung Befugten tritt allein v. Lüdinghausen ein, der in der Überlassung der Ausübung eine Übertragung des beim Nießbraucher als unselbständiger Bestandteil des Nießbrauchs vorhandenen Ausübungsrechts erblickt. „Durch die Überlassung wird also nicht ein neues, selbständiges Recht geschaffen, sondern die aus dem Nießbrauchsrechte sich ergebenden Rechte

[54]) § 1274 Abs. 2 BGB.
[55]) § 1059 BGB.

werden geteilt, es sind fortan zwei Berechtigte da, von denen jeder einen genau begrenzten Teil erhält, jedoch so, daß der Erwerber der Ausübung nicht kraft eigenen Rechtes, sondern kraft des Rechtes des Nießbrauchers, als des umfassenderen berechtigt ist. Durch die Überlassung der Ausübung wird also das Nießbrauchsrecht nicht aufgehoben, es wird nur zurückgedrängt zu Gunsten des Ausübenden, soweit die Ausübung in Frage kommt; es ist gewissermaßen eine Beschränkung des Nießbrauchsrechtes in der Person des Nießbrauchers![56]) v. Lüdinghausen sieht in der Überlassung der Ausübung eine Zession.[57])

Gegen die dingliche Wirkung der Überlassung der Ausübung und damit gegen v. Lüdinghausen sprechen jedoch die Protokolle der zweiten Kommission[58]) und die Denkschrift zum Bürgerlichen Gesetzbuch, in denen nur von einer obligatorisch wirkenden Überlassung gesprochen wird. Daß die Materialien eines Gesetzes für seinen Inhalt nicht ausschlaggebend sind, ist allerdings v. Lüdinghausen zuzugeben, denn nicht der Wille des Gesetzgebers ist zu erforschen, sondern der Standpunkt des Gesetzes. Immerhin zeigen aber die Vorarbeiten, welche Absicht der Gesetzgeber bei der Schöpfung des Rechtssatzes verfolgt hat, und man darf einen davon abweichenden Sinn des Gesetzes nur annehmen, wenn zwingende Gründe für diese Abweichung vorliegen. Von den Gründen v. Lüdinghausens ist aber keiner geeignet, die dingliche Wirkung der Überlassung darzutun.

Drei Gründe führt v. Lüdinghausen für seine Meinung an. Er sagt einmal,[59]) der Satz 2 des § 1059 könne nur bedeuten, daß der Nießbraucher bei der Überlassung nicht an die Einwilligung des Eigentümers gebunden sei, daß der Eigentümer die Überlassung also dulden müsse. Das ist richtig und stimmt mit der in der Literatur vertretenen Ansicht überein. Wenn v. Lüdinghausen aber fortfährt, daß die Anerkennung einer obligatorischen Beziehung durch einen Dritten dem Wesen der Obligation wider-

[56]) v. Lüdinghausen, S. 52.
[57]) v. Lüdinghausen, S. 60.
[58]) Protokolle, Bd. 3, S. 223, 409.
[59]) v. Lüdinghausen, S. 55 f.

spreche, und deshalb hier ein dingliches Recht vorliegen müsse, so ist dagegen zu sagen, daß § 1059 nur eine Duldungspflicht des Eigentümers dem Nießbraucher gegenüber begründet. Damit wird nicht ausgesprochen, daß der Eigentümer die Obligation anerkennen müsse, sondern nur, daß trotz der höchstpersönlichen Natur des Nießbrauchs der Nießbraucher sich bei der Ausbeutung des seinem Recht unterworfenen Gegenstandes anderer Personen bedienen kann, indem er ihnen die nutzende Tätigkeit überläßt. Nicht dem Schutze des Schuldverhältnisses soll § 1059 Satz 2 dienen, sondern das Gesetz erlaubt in ihm dem Nießbraucher die Begründung eines derartigen Schuldverhältnisses. Der Umstand allein, daß die Nutzung seiner Sache durch einen Dritten ausgeübt wird, soll den Eigentümer nicht zum Einspruch berechtigen.

Einen zweiten Grund, der zur Annahme einer dinglichen Wirkung der Übertragung der Ausübung zwinge, sieht v. Lüdinghausen darin, daß der nur obligatorisch zur Ausübung Berechtigte, selbst wenn er im Besitze der Nießbrauchsache ist, nicht genügend geschützt sei. Der rei vindicatio gegenüber gewähre ihm zwar § 986 BGB. eine gesicherte Stellung[60]), aber der actio negatoria des Eigentümers gegenüber versage dieser Schutz. Ebenso verhalte es sich[61]), wenn dritte an der Nießbrauchsache dinglich Berechtigte, z. B. ein Pfandgläubiger, dem der Eigentümer die Sache selbst verpfändet habe, gegen den Ausübenden vorgingen. Auch hier nutze ihm eine rein obligatorische Beziehung zum Nießbraucher nichts. In beiden Fällen erhalte man ein befriedigendes Ergebnis nur, wenn man in der Überlassung der Ausübung eine Zession sehe, die den Ausübenden berechtigt, alle Angriffs- und Verteidigungsmittel des Nießbrauchers in Bezug auf die Ausübung geltend zu machen.[62])

Was aber die actio negatoria angeht, so dringt der Eigentümer mit ihr gegen den Ausübungsberechtigten nicht durch, denn ein Anspruch ist ausgeschlossen, wenn er zur Duldung verpflichtet

[60]) v. Lüdinghausen, S. 58.
[61]) v. Lüdinghausen, S. 59.
[62]) v. Lüdinghausen, S. 60.

ist.[63]) Dem Nießbraucher gegenüber muß aber der Eigentümer nicht nur die Störung dulden, sondern auch zulassen, daß diese Störung durch einen anderen, eben durch den Ausübungsberechtigten tatsächlich bewirkt wird. Da eine Duldungspflicht des Eigentümers in Hinsicht auf den Nießbraucher besteht, kann sich auch der Ausübende darauf berufen, denn es liegt kein Grund vor, die Worte „wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist," dahin einzuschränken, daß er dem Störer unmittelbar zur Duldung verpflichtet sein müsse.[64]) Vielmehr genügt auch eine dem mittelbaren Besitzer zustehende Berechtigung, um dem Besitzer die Berufung auf die Duldungspflicht zu gewähren. Man berufe sich dagegen nicht auf die verschiedene Fassung der §§ 1004 Abs. 2 und 986. § 986 sieht die Rechtslage vom Standpunkt des Besitzers an und muß daher den mittelbaren Besitzer besonders erwähnen, da er vom Recht zum Besitze spricht, während § 1004 Abs. 2 die Lage des Eigentümers ins Auge faßt und sich begnügen kann, seine Verpflichtung zu erwähnen. Gerade daß im § 986 von der Ableitung des Rechts zum Besitze gesprochen, im § 1004 Abs. 2 ein Recht zur Störung gar nicht erwähnt wird, spricht dafür, daß letzterer auch solche Fälle decken will, in denen ein Recht des Störers zur Störung gegen den Eigentümer unmittelbar gar nicht besteht, wenn nur eine Duldungspflicht des Eigentümers, wenn schon dem Gewährsmann des Störers gegenüber vorliegt.

Noch weniger überzeugend ist das zweite Bedenken v. Lüdinghausens, daß derjenige, dem der Eigentümer an der Nießbrauchssache ein dingliches Recht verschafft hat, gegen den Ausübenden mit Erfolg vorgehen könne, wenn man nur eine obligatorische Wirkung der Ausübungsüberlassung annimmt. Auch in solchem Falle ist der Ausübende, sofern er im Besitz der Sache ist, hinreichend geschützt. Entweder ist nämlich das Pfandrecht oder der zweite Nießbrauch an der beweglichen Sache — andere dingliche Rechte kommen nicht in Betracht — vor oder nach der Bestellung des Nießbrauchsrechts begründet, das der Angegriffene ausübt.

[63]) § 1004 Abs. 2 BGB.

[64]) Vergl. v. Staudinger Bd. 3 zu § 1004, 3b.

Ist das dingliche Recht des Dritten vorher bestellt, so geht es entweder gemäß §§ 1032 und 1208 in Verbindung mit § 936 BGB. dem Nießbrauch vor, so daß auch ein davon abgeleitetes dingliches Recht dem Ausübungsempfänger nichts nützen würde, oder aber es steht dem Nießbrauch nach, weil die Sache vor der Bestellung des Nießbrauchs aus dem Besitze des Drittberechtigten gekommen war. Dann genießt aber der besitzende Ausübungsberechtigte gegen die Klage des Dritten wiederum den Schutz des § 986.[65]) Ebenso gestalten sich die Folgen, wenn das Recht des Dritten zeitlich nach dem Nießbrauch begründet wird. Ist der Ausübende im Besitze, der Nießbraucher somit im mittelbaren Besitze der Nießbrauchssache, kann also das neue Recht nur durch Übertragung des mittelbaren Besitzes begründet werden,[66]) so geht ihm der Nießbrauch vor, und der Ausübende ist durch § 986 geschützt. Fehlte aber dem Nießbraucher zur Zeit der Bestellung des neuen Rechts der Besitz bezw. der mittelbare Besitz, so unterliegt auch der Usufruktuar dem Dritten; es könnte also dem Ausübenden auch ein vom Nießbraucher abgeleitetes, dingliches Recht nichts nützen.

Keinem der von v. Lüdinghausen für seine Ansicht vorgebrachten Gründe wohnt eine so überzeugende Kraft inne, daß man entgegen der herrschenden Meinung zur Annahme eines dinglichen Rechts beim Ausübungsberechtigten gedrängt würde. Nach wie vor bleibt es richtig, daß die Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs nur ein obligatorisches Verhältnis, eine Forderung des Ausübungsempfängers gegen den Nießbraucher begründet. Mit dieser Regelung wird auch der Zweck des Gesetzes vollständig erreicht. Die Überlassung der Ausübung soll den Nießbrauch nicht zum Handelsgegenstande machen, sie soll vielmehr dem Nießbraucher eine mittelbare Nutzung der Sache ermöglichen, da sein Recht sonst nicht selten für ihn ziemlich wertlos sein möchte. In den praktisch wichtigsten Fällen will der Besteller eines Nießbrauchs einem anderen, etwa der Ehefrau oder den Eltern, für die Zukunft eine

---

[65]) §§ 1065, 1227 BGB.
[66]) §§ 1032, 1205 Abs. 2 BGB.

sichere Versorgung schaffen. Diese Absicht wird oft nur erreicht werden können, wenn der Bedachte sich das Recht auch mittelbar durch Überlassung der Ausübung an einen Dritten nutzbar machen kann. Andererseits „hat das Verhältnis des Nießbrauchers zum Eigentümer in diesen Regelfällen ein familiäres Gepräge, das einer persönlichen Vertrauensstellung."[67]) Deshalb muß die Rechtsordnung den beabsichtigten Zweck im Auge behalten und darf die Ausübung der Dienstbarkeit nicht zum Objekte der Spekulation werden lassen. „Zum Verkehrsgegenstand und zur Kreditgrundlage eignet sich der Nießbrauch seiner Natur nach nicht."[68])

Überläßt der Nießbraucher die Ausübung seines Rechts einem Dritten gegen einmalige Abfindung, so hat dieses Geschäft für beide Teile einen stark spekulativen Charakter. Wer kann vorher sagen, wie lange der Nießbrauch bestehen wird? Durch diese Ungewißheit wird der Kaufpreis immer beeinträchtigt, und nicht selten wird der geschäftsuntüchtige Nießbraucher für ein Spottgeld um die ihm zugedachte Wohltat gebracht werden. Mit Recht hat das BGB. solchem Handel einen Riegel vorgeschoben, indem es den Schutz des § 1056 nur dem Pächter und Mieter gewährt. Durch den Verzicht auf den Nießbrauch verliert der Käufer jedes Recht auf die Ausübung und muß sich auf Ersatzansprüche gegen den Verzichtenden beschränken, deren Erfolg vielleicht recht spärlich ist. Infolge dieser Rechtslage wird der Kauf der Ausübung, soweit es sich um ein Nutzungsrecht am Grundstück handelt, praktisch von geringer Bedeutung sein. Beim Nießbrauch an beweglichen Sachen stehen Pächter, Mieter und Käufer der Ausübung in Hinsicht auf ihren Schutz gleich, da hier das Bedürfnis mittelbarer Nutzung kein so dringendes ist.

II.

In der Literatur wird die Verpfändung des Nießbrauchs nur kurz gestreift. Während die meisten Lehrbücher und Kommentare sich darauf beschränken, die Unmöglichkeit seiner Verpfändung aus-

---

[67]) Prot. d. II. Komm. S. 409.
[68]) Prot. a. a. O.

zusprechen[69]) und auf die Pfandbestellung durch den Ausübungsberechtigten näher einzugehen,[70]) gibt allein Biermann[71]) einen Fingerzeig, wie der Nießbraucher sein Recht zur Aufbesserung des Kredits nützen könne. Da die ganze Frage praktisch von untergeordneter Bedeutung ist, hat sie eine monographische Behandlung anscheinend nur durch v. Lüdinghausen erfahren.

Da der Nießbrauch nicht übertragbar ist und auch die Überlassung der Ausübung nach heutigem Recht, wie oben dargelegt, nicht als die Abtretung eines Teilrechts aufgefaßt werden kann — bei der Eingehung eines Schuldverhältnisses kann man niemals von Sukzession sprechen[72]) —, so ist auch eine rechtsgeschäftliche Verpfändung unmöglich, denn nach § 1274 Abs. 2 kann an einem Rechte, soweit es nicht übertragbar ist, kein Pfandrecht bestellt werden. Wer aber wie v. Lüdinghausen in der Überlassung der Ausübung die Zession von Rechten sieht, kommt zu dem gegenteiligen Ergebnis. v. Lüdinghausen sucht seine Meinung, es könne durch Vertrag ein Pfandrecht an der Ausübung des Nießbrauchs bestellt werden, auch durch einen Hinweis auf § 857 Abs. 3 ZPO. zu verteidigen.[73]). Er fragt, warum soll das BGB. eine freiwillige Verpfändung verbieten, wenn die ZPO. aus der Übertragung der Ausübung die Möglichkeit der Pfändung des Nießbrauchs folgert. Auch könne es nicht in der Absicht des Gesetzes liegen, daß die Parteien einen Scheinprozeß zu führen gezwungen würden, um das Pfandrecht zu schaffen, das durch Vertrag nicht entstehen könne. Dem gegenüber ist zu sagen, daß zwischen dem Pfändungspfand und dem rechtsgeschäftlichen Pfande eine Beziehung in der Weise nicht besteht, daß jedes Objekt des einen auch für das andere tauglich ist.[74]) Ferner ist es auch im heutigen

---

[69]) Vergl. Kipp § 205; Endemann Bd. 2 S. 570 Note 14; Gierke S. 1008; Lehmann Bd. 2 S. 370; Planck zu §§ 1095 und 1274; v. Staudinger zu § 1059 und § 1274; Neumann zu § 1274 S. 692.

[70]) Vergl. auch Prot. d. Komm. f. d. II. Les., Bd. 3 S. 517.

[71]) Sachenrecht, S. 491 zu § 1274.

[72]) Hellwig, Rechtskraft S. 253 Note 2.

[73]) v. Lüdinghausen, S. 47 ff.

[74]) Gierke, Sachenrecht S. 1008.

Recht nicht so unerhört, daß durch einen Scheinprozeß etwas erreicht werden kann, was ohnedem nicht durch den Parteiwillen gestaltet werden kann. Es sei nur daran erinnert, daß der Gesellschafter über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen nicht verfügen, dieser Anteil aber dennoch gepfändet werden kann, und daß die Pfändung den Gläubiger zur fristlosen Kündigung berechtigt.[75]) Auch in diesem Falle kann der Gesellschafter durch einen Scheinprozeß auf das Schicksal der Gesellschaft in einer Weise einwirken, die seine sonstigen Befugnisse übersteigt.

Mit der herrschenden Meinung ist daran festzuhalten, daß für den Nießbraucher keine Möglichkeit gegeben ist, sein Recht in Hinsicht auf die Ausübung dem Gläubiger mit den gewöhnlichen Wirkungen eines Pfandrechts am Rechte zu verhaften.

Wohl können die Parteien einen Vertrag eingehen, nach dem der Gläubiger, falls er am Fälligkeitstage nicht befriedigt werden sollte, einen Anspruch auf Überlassung der Ausübung erhält, aber so wenig der Käufer der Ausübungsbefugnis ein gegen jedermann zu verfolgendes Recht erwirbt, so wenig ist der Gläubiger durch eine solche Abmachung sichergestellt. Räumt inzwischen der Nießbraucher einem anderen die Ausübung ein, so steht der Gläubiger dieser Tatsache machtlos gegenüber, denn er ist nur mit einem persönlichen Anspruch gegen seinen Kontrahenten ausgerüstet. Ihm stehen dann bei Eintritt der Bedingung nur die Rechte wegen Nichterfüllung des Vertrages zu, deren Realisierung jedoch wegen des Zweckes der Vereinbarung über den Betrag seiner ersten Forderung nicht hinausgehen darf. Somit ist der ganze Vertrag ein Schlag ins Wasser und verbessert nur dann die Stellung des Gläubigers, wenn Schuldner und Nießbraucher verschiedene Personen sind. Eine Verpfändung des Nießbrauchs ist dieses Geschäft aber nicht.

Jedoch gibt es noch andere Wege, um den Nießbrauch zur Verbesserung des Kredits zu verwerten. Wenn der Nießbraucher die Ausübung seines Rechts dem Gläubiger überläßt[76]) und ihm

[75]) §§ 719, 725 BGB.

[76]) Biermann, Sachenrecht S. 491.

den Besitz an der Sache verschafft, so ist dessen Lage immerhin schon besser als infolge des soeben geschilderten Vertrages. Allerdings erwirbt der Kreditgeber auch in diesem Falle nur ein obligatorisches Recht, doch ist er wenigstens gegen eine spätere Verfügung des Nießbrauchers über die Ausübung geschützt. Dagegen wird er von einem Verzicht auf den Nießbrauch eine Gefährdung zu befürchten haben. Aus diesem Grunde ist die pfandweise Einräumung der Ausübung auf diejenigen Fälle beschränkt, in denen der Geldgeber seinen Schuldner als vertrauenswürdigen Mann kennt, von dem er sich einer derartigen Schädigung nicht zu versehen hat. Auch der Schuldner wird sich zur Überlassung der Ausübung und damit zur Ausantwortung der Sache nur bereit finden lassen, wenn der Gläubiger ihm als zuverlässig bekannt ist und die zu sichernde Forderung auf einen entsprechenden Betrag geht. Sonst dürfte er gar zu leicht den Nießbrauchsgegenstand auf Nimmerwiedersehen aus der Hand gegeben haben.

Welche Rechte erlangt der Gläubiger aus diesem Rechtsgeschäft? Weil ihm die Ausübung überlassen und der unmittelbare Besitz eingeräumt wird, ist er zur Gewinnung der Nutzungen berechtigt und sogar verpflichtet, da er für den Nießbraucher ausübt. Diese Verpflichtung kann natürlich durch Parteiabrede ausgeschlossen werden, doch verliert dadurch das Rechtsverhältnis immer mehr seinen pfandähnlichen Charakter und gewinnt an Übereinstimmung mit dem Zurückbehaltungsrecht. Hat der Gläubiger Nutzungen gezogen, so sind sie zunächst zur Bestreitung der entstandenen Unkosten zu verwenden. Ihr Reinertrag wird auf die gesicherte Forderung und etwaige Zinsen und Kosten angerechnet, sofern nicht eine andere Abrede besteht. Obgleich ein Pfandrecht nicht vorliegt und § 1214 deshalb nicht zur Anwendung kommt, folgen diese Sätze schon aus dem Zwecke des Vertrages. Nur auf Sicherung, nicht aber auf eine besonders hohe Verzinsung des geliehenen Kapitals wird der Wille der Parteien in der Regel gerichtet sein. Sobald die Forderung gezahlt oder durch den Ertrag getilgt ist, verliert der Gläubiger seine Ausübungsbefugnis und hat die Sache zurückzuerstatten.

Der dritte Weg dürfte der beste sein. Wenn der Nießbraucher

die seinem Rechte unterworfene Sache bereits zur Ausübung pacht- oder mietweise an einen anderen überlassen hat, so kann er die ihm hieraus zustehende Forderung verpfänden. Liegt eine entgeltliche Überlassung bisher noch nicht vor, so muß der Nießbraucher darnach trachten, sie herbeizuführen. Bietet sich für Vermietung oder Verpachtung keine Gelegenheit, so findet er vielleicht jemand, der es übernimmt, die Nutzungen zu ziehen und den Reingewinn in Naturalien an seinen Auftraggeber herauszugeben. Auch diese Forderung auf den Ertrag bildet dann ein geeignetes Objekt für das Pfandrecht.

Wenn der Nießbraucher sich in dieser Weise durch Begründung einer Forderung und ihre Verpfändung Kredit verschafft, so ist er nicht genötigt, den Nießbrauchgegenstand an einen Gläubiger herauszugeben, bei dem er der Gefahr unwirtschaftlicher Behandlung oder der Unterschlagung ausgesetzt sein könnte. Andrerseits gewinnt aber auch der Gläubiger eine bessere Sicherheit als in den beiden oben behandelten Fällen, da er ein Pfandrecht hat und ihm § 1276 zur Seite steht. Soweit die §§ 1280 bis 1290 keine Abweichungen enthalten, gelten für die Verpfändung von Forderungen die Regeln über das sogenannte Pfandrecht an Rechten. Deshalb bleibt auch § 1276 anwendbar, der dem Pfandrecht an der Forderung gerade seine Festigkeit und Sicherungskraft verleiht. Ein verpfändetes Recht kann durch Rechtsgeschäft nur mit Zustimmung des Pfandgläubigers aufgehoben werden. Das gleiche gilt im Falle einer Änderung des Rechts, sofern sie das Pfandrecht beeinträchtigt. Wie ist diese Bestimmung des Gesetzes auf die verpfändete Forderung anzuwenden? Jedes Rechtsgeschäft, das auf eine Veränderung der verhafteten Forderung abzielt, ist unwirksam, wenn es die Sicherung des Pfandgläubigers gegen seinen Willen verschlechtert. Um Unbilligkeiten zu vermeiden, bedarf dieser Satz jedoch einer Einschränkung und in anderer Hinsicht einer Erweiterung. Einmal darf der Schuldner durch die Verpfändung der Forderung nicht schlechter gestellt werden als durch ihre Abtretung, in der eine noch tiefer greifende Veränderung des Schuldverhältnisses liegt. Wie nach § 406 muß er also auch nach der Verpfändung mit Schuldposten seines Gläubigers im

selben Umfange aufrechnen können, als er es dem allein Verfügungsberechtigten gegenüber durfte. Ebenso dürfen andere Gestaltungsrechte, die nicht wie die Aufrechnung die Forderung durch Tilgung zugrunde gehen lassen, dem Schuldner nicht genommen werden, denn ein gebrechliches Recht kann nicht dadurch erstarken, daß man es zum Gegenstande einer Pfandsicherung macht. Hat z. B. der Ausübungsberechtigte seinen Anspruch auf Überlassung der Ausübung verpfändet, so ist es dem Schuldner, also dem Nießbraucher nicht verwehrt, durch Verzicht auf sein Recht diese Forderung jederzeit in einen Ersatzanspruch wegen verschuldeten Unvermögens zu verwandeln, selbst dann nicht, wenn sie dadurch wertlos wird. Somit ist die Unwirksamkeit, die § 1276 verhängt, auf Rechtsgeschäfte des Gläubigers — so nennt das Gesetz den Verpfänder — zu beschränken. Weder Stundung gewähren noch die Schuld erlassen kann dieser, ohne daß der Pfandgläubiger sich einverstanden erklärt.

Wenn aber vorher gesagt wurde, daß Rechtsgeschäfte zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung des Pfandgläubigers bedürften, soweit sie auf Veränderung der in den Pfandnexus verstrickten Forderung gerichtet sind, so ist dieser Satz andererseits gerade für den hier allein interessierenden Fall der Verpfändung durch den Nießbraucher zu enge. Vielmehr muß auch eine sonstige rechtsgeschäftliche Betätigung des Gläubigers, deren Hauptzweck ein anderer sein mag, die aber doch das sichernde Recht verschlechtert, ohne jene Einwilligung der Wirksamkeit entbehren. Was für ein Resultat wäre es, wenn der Nießbraucher, nachdem er die Forderung verpfändet und das Darlehn in Empfang genommen hat, geraden Weges zum Besteller eilen dürfte, um ihm zu erklären, daß er den Nießbrauch aufgebe.[77]) Statt einer Sicherung hätte der Pfandgläubiger wieder nur einen obligatorischen Anspruch und obendrein noch bei der Jagd auf des Nießbrauchers kärgliches Vermögen den Ausübungsberechtigten mit seiner Ersatzforderung zum Nebenbuhler. Bei den früher beschriebenen Sicherungsversuchen durch obligatorischen Anspruch auf Überlassung mußte man

[77]) § 1064 BGB.

dergleichen in den Kauf nehmen, hier aber gibt § 1276 ein Mittel an die Hand, um solchen unlauteren Geschäftskniffen entgegenzutreten.

Daß das Pfandrecht auch durch Vereinigung des Eigentums mit dem Nießbrauch in der Hand des Nießbrauchers den Boden nicht unter sich verliert, bedarf kaum der Erwähnung. So gut der Nießbraucher als solcher die Ausübung seines Rechts verpachten konnte, so ist er auch nachträglich als Eigentümer dazu imstande, diesen Vertrag zu erfüllen. Nicht der geringste Grund liegt vor, ihm den Rücktritt zu gestatten, weil sein zur Zeit des Vertragsschlusses begrenztes Recht an der Sache zur Vollherrschaft angeschwollen ist.

Für die Begründung des Pfandrechts und die Stellung des Pfandgläubigers in der Zeit vor und nach der Pfandreife[78]) gelten die gewöhnlichen Vorschriften über das Pfandrecht an Forderungen. Zu erwähnen bleibt nur noch, daß aus § 1287 gefolgert werden kann, welche Forderungen des Nießbrauchers gegen den Ausübenden Gegenstand des Pfandrechts sein können. Wohl kann das Recht des Pfandgläubigers durch den Vertrag mit dem Gläubiger auf sämtliche Miet- und Pachtzinsraten, sowie auf die Quoten des Reingewinns erstreckt werden, die als ebensoviele betagte Ansprüche aufzufassen sind, wohl mögen etwaige Ersatzforderungen in den Pfandnexus einbezogen sein, doch der obligatorische Anspruch auf die Herausgabe der Nießbrauchsache nach Beendigung des Überlassungsverhältnisses ist als Pfandgegenstand nicht geeignet. Der Nießbraucher kann die Sache durch die Leistung des Schuldners nicht erwerben, und daher erlangt auch sein Gläubiger kein Pfandrecht an ihr. Anderenfalls wäre es dem Nichteigentümer auf diesem Umwege ermöglicht, ein rechtsgeschäftliches Pfandrecht an fremder Sache entstehen zu lassen, obgleich ihm dies vom Ausnahmefall des § 1207 abgesehen durch das Gesetz verwehrt ist.[79])

Beschwerlich und umständlich ist der Weg, der den Nieß-

[78]) Dernburg, Sachenrecht S. 823.
[79]) § 1205 BGB.

braucher zum Ziele führt, und nur in Fällen eines dringenden Bedürfnisses wird er betreten werden. Seinem dem Leben abgelauschten Satze, daß der Nießbrauch nicht Gegenstand des Verkehrs und Grundlage des Kredits sein dürfe, ist der Gesetzgeber getreu geblieben, indem er die gemeinrechtliche Verpfändung des Ususfrukts ganz und gar aufgab.

III.

Kein Teil der römischen Rechtsordnung hat so viele Angriffe erdulden müssen als das Pfandrecht. Selbst unter den eifrigsten Anhängern romanistischer Doktrin hat es viele Gegner gefunden, die sich seiner Fehler und Gefahren bewußt sind. Mag es für eine Wirtschaftsordnung wie die römische mit ihren wenigen Großkapitalisten und Latifundienbesitzern neben der ungezählten Menge der Proletarier, die nichts zu verpfänden hatten, brauchbar gewesen sein, mag es selbst bei einer gleichmäßigeren Verteilung der Werte in verkehrsarmer Zeit noch gute Resultate ergeben haben, so paßt es doch in die Epoche des Dampfes und der Elektrizität, in die Blütezeit des Handels und der Industrie nicht mehr hinein. Das moderne Pfandrecht mußte aus den Wurzeln des deutschen Rechtes erwachsen, in dessen Schoße das Prinzip der Offenkundigkeit und der Grundsatz „Hand muß Hand wahren" sich entwickelt hatten. Im Interesse der Verkehrssicherheit mußte die römische Allmacht des Parteiwillens, welcher Hypothek und Pignus, volle oder beschränkte Sachhaftung, Nutzungs- oder Veräußerungspfand entstehen lassen konnte, im BGB. teils beseitigt, teils auf das Gebiet obligatorischer Wirkung beschränkt werden. Nach diesen Umformungen des Pfandrechts kann auch die Verpfändung des Nießbrauchs durch den Eigentümer ein Pfandrecht nicht mehr begründen.[80])

Die Literatur über die Verpfändung eines noch nicht bestehenden Rechts an der eigenen Sache ist noch dürftiger, als die über Verpfändung des Nießbrauchs durch den Nießbraucher. Soviel

[80]) Vergl. Motive Bd. 3 S. 852.

sich übersehen läßt, behandeln außer v. Lüdinghausen diese Frage nur Maenner[81]) im Anschluß an die Motive und Matthiaß,[82]) der in seinem Lehrbuch schreibt: „Verträge des Inhalts, daß der Gläubiger an der Sache zu seiner Befriedigung Rechte solle begründen dürfen, sind zwar an sich nicht ungültig, begründen aber kein Pfandrecht." Auch hier gilt es also, allein an der Hand des Gesetzbuches Wege aufzufinden, auf denen sich der Eigentümer Kredit verschaffen kann, ohne etwas anderes als den Nießbrauch zur Sicherung des Gläubigers verwenden zu müssen.

Die für das gemeine Recht als richtig erkannte Ansicht, daß der Eigentümer die Sache mit einem Pfandrecht im Rahmen des Ususfrukts belastete, so daß der Gläubiger den Pfandkäufer nicht zum Eigentümer, wohl aber zum Nießbraucher zu machen vermochte, ist das Recht des BGB. als Richtschnur nicht zu verwerten. Wenn nach modernem Recht eine bewegliche Sache zu Pfand gegeben wird, so erlangt der Gläubiger eine Verfügungsbefugnis mit gesetzlichem Inhalt. Der wichtigste Bestandteil dieser Befugnis ist das Recht zum Verkaufe der Sache,[83]) dessen Bestehen oder Nichtbestehen vom Willen der Parteien völlig unabhängig ist. Wohl können die Rechte des Gläubigers vermehrt werden, indem ihm auch der Genuß der Nutzungen zu eigenem Gewinn oder zur Tilgung der Schuld eingeräumt wird,[84]) wohl ist auch die Art des Verkaufs in gewissem Umfange den Parteivereinbarungen unterworfen,[85]) aber die Abrede, daß ein Verkauf überhaupt nicht stattfinden dürfe, raubt dem Gläubiger sein gesetzliches Recht zum Verkaufe nicht. Ein Pfandrecht ohne Verkaufsberechtigung ist nach BGB. ebenso ausgeschlossen,[86]) wie nach römischem Recht durch die l. 4 D. 13, 7 in ihrer justinianischen (interpolierten) Fassung. Trotz entgegenstehender Verabredung nähme der Gläubiger also einen rechtmäßigen Pfandverkauf vor,

[81]) Maenner, S. 352 Note 8.
[82]) Matthiaß, S. 205 Note 2.
[83]) § 1228 BGB.
[84]) §§ 1213, 1214 Abs. 3 BGB.
[85]) § 1245 BGB.
[86]) Gierke, Sachenrecht S. 986; Dernburg, Sachenrecht S. 798.

wenn er keine der im § 1243 aufgezählten Vorschriften verletzt, und macht den Erwerber damit zum Eigentümer.[87])

Wie dem völligen Ausschluß der Verkaufsbefugnis beim Pfande dingliche Wirkungen nicht zukommen, so ist auch eine vertragliche Einschränkung des Verfügungsrechts, so daß der Gläubiger nur zur Bestellung eines Nießbrauchs ermächtigt bleibt, nach dem heutigen Rechte nicht denkbar. Dergleichen Abreden können nur obligatorische Verpflichtungen, niemals dingliche Schranken erstehen lassen. Wiederum muß also festgestellt werden, daß auch beim Eigentümer ebensowenig wie beim Nießbraucher eine unmittelbare Verpfändung des Nießbrauchs im gemeinrechtlichen Sinne zulässig ist. Wie kann der Eigentümer sich dennoch helfen? Auch für ihn gibt es verschiedene Möglichkeiten.

Wenn ein Nießbrauch auch, wie es die Protokolle als Regelfall annehmen, meist auf Grund testamentarischer Verfügung oder als Leibzucht bestellt wird, so kann doch ebenso gut ein Kaufvertrag oder ein Schenkungsversprechen zu seiner Begründung führen. Aus einem solchen Vertrage erwachsen dem Eigentümer unmittelbar nur obligatorische Verpflichtungen zur Schaffung des dinglichen Rechts an seiner Sache. Immerhin kann ihn der Gegenkontrahent zur Bestellung zwingen, solange die Sache sich noch in seinem Eigentum befindet. Um einen Gläubiger zu sichern, kann natürlich ähnlich vorgegangen werden. Der Eigentümer und der Geldverleiher vereinbaren, daß der erstere dem letzteren für den Fall, daß das Darlehn nicht pünktlich zurückgezahlt wird, zur Bestellung des Nießbrauchs an einem bestimmten Gegenstande verpflichtet sein soll. Sobald die Zahlung am Fälligkeitstage ausbleibt und damit die Suspensivbedingung eingetreten ist, erwächst dem Gläubiger der Anspruch aus dem Vertrage, zu dessen Verwirklichung nur noch die Übergabe der Sache stattfinden muß, da die erforderliche Einigung, daß ihm das dingliche Nutzungsrecht zustehen solle, regelmäßig schon in jenem Vertrage liegen wird. Sobald der Gläubiger den Gegenstand mit Willen des Eigentümers erhält, hat er auch den Nießbrauch und damit seine Befriedigung. Doch

[87]) § 1242 BGB.

nur selten wird dem Geldgeber daran liegen, selbst der Nutzungsberechtigte zu werden, vielmehr will er sich sein Geld durch den Verkauf des Nießbrauchs verschaffen. Um diesen Zweck zu erreichen, muß er sich vom Eigentümer die Bestellung an einen Dritten versprechen lassen, den er entweder gleich benennt — es hat ihm vielleicht jemand die Deckung der Schuld dafür im voraus versprochen — oder dessen Bezeichnung er sich für später vorbehält. Aus dem Willen der Parteien oder in Ermangelung einer besonderen Bestimmung aus den Umständen ist zu entnehmen, ob der Dritte ein Recht auf die Bestellung des Nießbrauchs unmittelbar erwerben soll, oder ob nur der Gläubiger die Leistung an ihn vom Eigentümer verlangen kann.[88]) Für den angestrebten Zweck der Sicherung wird es sich am besten eignen, wenn der vom Gläubiger sofort oder später benannte Dritte einen unmittelbaren Anspruch gegen den Schuldner erhält, jedoch unter der Bedingung, daß er zunächst den Gläubiger abfindet.

So einfach und bequem der Eigentümer auf diese Weise an sein Ziel gelangt, so gefährlich ist es für den Gläubiger, diesen Weg zu seiner Sicherung zu beschreiten, falls es sich um Bestellung des Nießbrauchs an fahrender Habe handelt. Wenn der Schuldner mittlerweile die Sache veräußert hat, so nützt dem Gläubiger sein Anspruch auf die Einräumung des Nießbrauchs gar nichts. Hat der Eigentümer aber einem anderen unterdes den Nießbrauch verschafft, so kann er zwar auch gemäß seiner Verpflichtung aus dem Vertrage dem Gläubiger einen zweiten Nießbrauch an der Sache bestellen, indem die Zession des Vindikationsanspruchs die Übergabe ersetzen muß[89]), doch dem Herausgabeanspruch steht die Einwendung aus dem Besitzrecht des ersten Nießbrauchers entgegen.[90]) Im günstigsten Falle gelangt der Gläubiger also nach dem Erlöschen des früher bestellten Nießbrauchs zum wirklichen Genusse seines Ususfrukts, sofern dieser dann noch besteht. Was für den Gläubiger gilt, das betrifft natürlich ebenso jeden aus dem Sicherungsvertrage etwa berechtigten Dritten.

---

[88]) § 328 Abs. 2 BGB.
[89]) § 931 BGB.
[90]) § 986 Abs. 2 BGB.

Weit befriedigender gestaltet sich die Rechtslage dank der Einrichtung des Grundbuchs, sofern dem Gläubiger der Nießbrauch an einem Grundstück versprochen wird. Hier kann zugunsten des Gläubigers eine Vormerkung eingetragen werden, da es sich um einen Anspruch auf Einräumung eines Rechts an dem Grundstück handelt. Daß der Anspruch von dem Ausbleiben der Zahlung abhängig gemacht wird, steht dem nicht entgegen, da die Eintragung einer Vormerkung auch zur Sicherung eines künftigen oder bedingten Anspruchs zulässig ist.[91]) Auch ist es nicht erforderlich, daß derjenige, dessen Anspruch durch die Vormerkung gesichert wird, mit dem späteren Erwerber des dinglichen Rechts identisch sei. Vielmehr begründet auch die Verpflichtung des Eigentümers, einem Dritten das Recht einzuräumen, einen für die Vormerkung geeigneten Anspruch,[92]) selbst wenn der Dritte ein unmittelbares Recht aus dem Vertrage nicht erwirbt.[93])

Um die Eintragung der Vormerkung zu veranlassen, bedarf es der Bewilligung von seiten des Verpflichteten,[94]) die nur bindend ist, wenn sie unmittelbar an das Grundbuchamt abgegeben oder ein sie enthaltendes Schriftstück dem Gläubiger ausgehändigt wird.[95]) Eine Minderheit in der Literatur fordert dafür zwar die schwerere Form des § 873;[96]) doch muß es der herrschenden Ansicht nach bei der analogen Anwendung des § 875 bewenden, da die Vormerkung kein Recht am Grundstück darstellt.[97]) Den außer der Bewilligung erforderlichen Antrag auf die Eintragung kann jede der Parteien an das Grundbuchamt richten.[98])

Nachdem sein künftiger Anspruch auf den Nießbrauch vorgemerkt ist, kann auch der vorsichtigste Gläubiger getrost das Darlehn hingeben, da er, wenn der Nießbrauch einen ausreichenden Wert verspricht, vor jedem Schaden bewahrt ist. Der bedingte Anspruch gegen den Eigentümer bleibt zwar an sich ein rein

[91]) § 883 Abs. 1 BGB.
[92]) Sekler, S. 36.
[93]) Biermann, Widerspruch S. 142.
[94]) § 885 Abs. 1 BGB.
[95]) Fuchs, Grundbuchrecht Bd. 1 S. 129 Nr. 2c.
[96]) Sekler, S. 53.
[97]) Gierke, Sachenrecht S. 336.
[98]) § 13 GBO.

obligatorischer, so daß er sich nur gegen den Schuldner richtet, aber „die Forderung hat eine gesteigerte Wirkungskraft empfangen, die sich in dem ihr gewährten dinglichen Schutz äußert.“[99]) Daß der Schuldner über das Grundstück in Hinsicht auf den Nießbrauch nicht mehr völlig frei verfügen darf, wird durch das Buch jedermann verlautbart, so daß diese Gebundenheit gegen dritte zugunsten des Vorgemerkten wirken kann, ohne die Verkehrssicherheit zu gefährden. Eine Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück getroffen wird, ist soweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde.[100]) Wenn sein Schuldner das Grundstück einem anderen aufgelassen hat, so entbehrt dem Gläubiger gegenüber der Eigentumsübergang der Wirkung. Ist noch vor Eintritt des Fälligkeitstages ein Nießbrauch bestellt worden, so behält der vorgemerkte Nießbrauch dennoch den Vorrang.[101]) Sobald die Rückzahlung des Darlehns unterbleibt und damit die Bedingung eingetreten ist, kann der Gläubiger von seinem Schuldner die Umwandlung der vorläufigen in eine endgültige Eintragung verlangen; auch der Dritte hat, sofern er aus dem verpflichtenden Vertrage ein unmittelbares Recht erlangen sollte, teil an dem dinglichen Schutz durch die Vormerkung. Wenn der Eigentümer die Bewilligung zur Umschreibung der Vormerkung in einen Nießbrauch verweigert, so kann der Berechtigte auf ihre Erteilung klagen, was zur Folge hat, daß die Willenserklärung durch das rechtskräftige Urteil ersetzt wird.[102]) Nur von dem Verpflichteten kann der Vorgemerkte die Verschaffung des Nießbrauchs verlangen, auch wenn dieser inzwischen vormerkungswidrige Verfügungen getroffen hat. Der Erwerber eines den Gläubiger beeinträchtigenden Liegenschaftsrechtes ist nur zur Mitwirkung bei der Begründung des Nießbrauchs verpflichtet, soweit sein Erwerb dem Vorgemerkten gegenüber keine Wirksamkeit hat.[103]) Ist also ein neuer Eigentümer vorhanden, so muß er seine Zustimmung zur Eintragung geben, da der Schuldner nicht mehr in der Lage

[99]) Gierke, Sachenrecht S. 338.
[100]) § 883 Abs. 2 BGB.
[101]) § 883 Abs. 3 BGB.
[102]) § 894 ZPO.
[103]) § 888 BGB.

ist, eine Bewilligung zu erteilen, die das Grundbuchamt zur Eintragung ermächtigt. In diesem Falle muß die dingliche Einigung zwischen Schuldner und Gläubiger stattfinden, die Eintragungsbewilligung aber vom Erwerber des Grundstücks gegeben werden. Falls inzwischen ein zweiter Nießbrauch eingeräumt worden ist, bleibt der ursprüngliche Eigentümer noch immer in der Lage, zur Entstehung des vorgemerkten Nießbrauchs alles Erforderliche zu tun. Da der Rang des entstehenden Rechts sich ohne weiteres nach der Eintragung der Vormerkung bestimmt,[104]) so liegt in dem Nießbrauch des anderen eine Beeinträchtigung des Gläubigers nicht; es findet daher § 888 in diesem Falle keine Anwendung.

Wie sicher die Stellung des Gläubigers durch den vorläufigen Buchvermerk wird, zeigt sich am deutlichsten an dem schärfsten Prüfstein der Rechtsordnung, im Konkurse über das Vermögen des Schuldners.[105]) Wenn zur Sicherung eines Anspruchs auf Einräumung eines Rechts am Grundstück des Gemeinschuldners eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen ist, so kann der Gläubiger von dem Konkursverwalter die ungekürzte Befriedigung seines Anspruchs verlangen.[106]) Die Vormerkung gibt nach der herrschenden und richtigen Meinung ein Absonderungsrecht,[107]) nicht ein Aussonderungsrecht, wie Fuchs[108]) annimmt, da das Grundstück dem Gemeinschuldner gehört.[109]) Selbst der Zwangsvergleich[110]) berührt das Recht des Gläubigers nicht.[111]) Außerhalb des Konkurses bewährt die Vormerkung ebenfalls ihre dingliche Kraft. Nicht nur wird sie im Falle der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen des Schuldners in das geringste Gebot aufgenommen,[112]) sondern auch der Erbe darf sich ihr gegenüber nicht auf seine beschränkte Haftung berufen.[113])

---

[104]) § 883 Abs. 3 BGB.
[105]) Hierzu eingehend Sekler, S. 226 ff.
[106]) § 24 KO.
[107]) Gierke, Sachenrecht, S. 337 Note 153.
[108]) Grundbuchrecht, Bd. 1, S. 112.
[109]) Sekler, S. 235.
[110]) § 193 KO.
[111]) Gierke, Sachenrecht, S. 339 Note 159.
[112]) § 48 ZVG.; Sekler, S. 239 ff.
[113]) § 884 BGB.; Sekler, S. 216.

Schon aus diesen kurzen Angaben dürfte erhellen, daß der Gläubiger durch seinen vorgemerkten Anspruch in ausreichender Weise gesichert ist. Wenn er auch nicht gerade ein Pfandrecht an dem Grundstück erwirbt wie bei der gemeinrechtlichen Verpfändung des Usufrukts durch den Eigentümer, so gibt ihm doch sein bedingter Anspruch auf die Bestellung des Nießbrauchs trotz seiner obligatorischen Natur vermöge seiner dinglichen Erstarkung in der Vormerkung eine Stellung, die in ihren praktischen Folgen derjenigen eines Pfandgläubigers nicht viel nachgibt. Nur geht bei Abtretung der Darlehnsforderung nicht auch der bedingte Anspruch auf den Nießbrauch von Rechts wegen über wie ein Pfandrecht. Vielmehr bedarf es dafür einer besonderen Übertragung, falls diese überhaupt zulässig ist. Da jedoch das Gesetz den Nießbrauch als ein unübertragbares Recht geregelt hat, so wird auch die Abtretung des Anspruchs auf seine Bestellung in der Regel unzulässig sein. Wenn aber der Eigentümer sich dem Gläubiger zur Bestellung an einen Dritten verpflichtet hat, ohne daß letzterer ein eigenes Recht auf die Leistung erwirbt, so wird nichts im Wege stehen, daß der Berechtigte seinen Anspruch auf Bestellung an den Dritten auf eben diesen künftigen Nießbraucher überträgt. In diesem Falle bleibt das Recht des Nießbrauchs, wie es das Gesetz verlangt, bei derselben Person, für die es beansprucht werden kann. Sofern ein im Vertrage bezeichneter oder vom Gläubiger später zu benennender Dritter nach dem Willen der Parteien ein unmittelbares Recht auf den Nießbrauch erhält, kommt die Zulässigkeit der Übertragung nicht in Frage, da er dann den Anspruch originär erwirbt.

Somit wäre für den Eigentümer eines Grundstücks in dem obligatorischen Vertrage das beste Mittel gefunden, um aus dem Nießbrauch an seiner Liegenschaft Kredit zu gewinnen, und es gilt nur noch, einen einigermaßen gleichwertigen Ersatz auch für die Fälle zu finden, in denen dem Eigentümer nur Fahrnis zu Gebote steht.

Zunächst sei an den von Matthiaß erwähnten Vertrag erinnert. Eigentümer und Gläubiger vereinbaren, daß letzterer sich durch die Bestellung eines Nießbrauchs an einer bestimmten Sache befriedigen dürfe, falls am Fälligkeitstermine das Darlehn nicht

zurückgezahlt werde. Obgleich zur Bestellung des Nießbrauchs an einer beweglichen Sache erforderlich ist, daß der Eigentümer sie dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß diesem der Nießbrauch zustehen solle,[114]) so ist doch durch diese Fassung des Gesetzes Stellvertretung keineswegs ausgeschlossen. Daß der Gläubiger sich an Stelle des Eigentümers mit dem Dritten einigt, ist darnach sehr wohl möglich, sobald er die nötige Vollmacht hat. Da diese aber durch formlose Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden erteilt werden kann,[115]) so mag nicht selten schon aus dem Inhalte des Vertrages unmittelbar folgen, es solle der Gläubiger unter der Bedingung, daß vom Schuldner Zahlung nicht geleistet wird, zum Abschluß des dinglichen Vertrages mit dem Käufer des Nießbrauchs bevollmächtigt sein. Damit wäre allerdings dem Geldgeber nicht viel geholfen, sofern der Eigentümer diese Vollmacht beliebig widerrufen dürfte. Wenn aber auch die Vollmacht im allgemeinen zurückgezogen werden kann, obgleich das ihrer Erteilung zugrunde liegende Rechtsverhältnis fortbesteht, so kann sich doch gerade aus diesem Rechtsverhältnis ein anderes ergeben,[116]) und deshalb ist im Hinblick auf seinen Zweck der zwischen Gläubiger und Schuldner geschlossene Vertrag dahin auszulegen, daß der Eigentümer auf den Widerruf der einmal erteilten Vollmacht im voraus verzichtet hat. Er erteilte sie nicht in seinem Interesse, sondern zur Sicherung seines Gläubigers. Könnte er sie frei widerrufen, so würde dieser Zweck ganz und gar vereitelt.

Um einen Nießbrauch in der Person des Dritten zu bestellen, bedarf der Gläubiger jedoch noch weitergehender Befugnisse, da zur Einigung die Übergabe der Sache hinzutreten muß. Damit er auch diese zu bewirken vermag, können die Parteien verschiedenes vereinbaren. Einmal kann es in ihrem Sinne liegen, daß der Gläubiger nicht mehr als einen obligatorischen Anspruch auf die Herausgabe der Sache an den Dritten haben soll. Bei dieser Regelung wäre für ihn aber die Vollmacht zur Einigung wertlos, und er gewänne die gleiche Sicherheit, wenn ihm auch die Zu-

[114]) § 1032 BGB.
[115]) § 167 BGB.
[116]) § 168 BGB.

stimmung des Eigentümers zur Bestellung der Dienstbarkeit nur obligatorisch versprochen wäre, wie es oben vorausgesetzt wurde. Deshalb wird diese Teilung der Befugnisse nicht zu empfehlen sein. Wenn aber dem Gläubiger die betreffende Sache beim Vertragsschlusse zu unmittelbarem Besitze übergeben, oder ihm der Vindikationsanspruch statt dessen abgetreten wird, damit er sie seinerseits dem Käufer des Nießbrauchs nach der Fälligkeit der gesicherten Forderung aushändige bezw. ihm den Anspruch gegen den Besitzer zediere, so wird seine Stellung schon eine ganz bedeutend bessere. Wie zur Einigung ist er dann auch zur Übergabe an den Dritten befähigt und braucht dem Eigentümer, falls er aus § 985 die Herausgabe des Gegenstandes verlangen sollte, nur gegen Zahlung der geliehenen Summe zu willfahren, da er bis zu seiner Befriedigung vertraglich zum Besitze berechtigt ist.[117]) Selbst wenn der Eigentümer die Sache inzwischen veräußert, indem er den Herausgabeanspruch abtritt,[118]) kann der Gläubiger sich auch dem Erwerber gegenüber auf sein Recht zum Besitz wirksam berufen.[119]) Aber er hat dann nur noch dieses Zurückbehaltungsrecht aus dem Vertrage; die Bestellung eines Nießbrauchs kraft seiner Vollmacht ist ausgeschlossen, da auch der Vertretene zurzeit dazu nicht imstande, wenigstens nicht berechtigt ist.[120]) Seine Stellung entbehrt eben des dinglichen Charakters. Mehr Sicherheit als ein obligatorischer Anspruch auf die Bestellung des Nießbrauchs gewährt ihm die unwiderrufliche Vollmacht in Verbindung mit dem Besitz der Sache trotzdem. Allerdings würde er den gleichen Schutz gegen vertragswidrige Verfügungen des Eigentümers über die Sache auch genießen, wenn ihm die Bestellung der Servitut versprochen und gleichzeitig der Besitz eingeräumt wird, aber zur endgiltigen Durchsetzung seines Rechts könnte dann leicht noch ein Prozeß nötig sein, was bei der Vollmacht wegfällt.

Nicht nur in Bezug auf bewegliche, sondern auch auf unbewegliche Sachen kann eine unentziehbare Vertretungsbefugnis erteilt werden; ihre Resultate sind aber, da die Hilfe der Übergabe versagt,

---

[117]) Vergl. Gierke, Fahrnisbesitz S. 41.
[118]) § 931 BGB.
[119]) § 986 Abs. 2 BGB.
[120]) § 164 Abs. 1 BGB.

für Immobilien so minderwertige, daß sie gegenüber dem vorgemerkten Anspruche auf die Einräumung des Nießbrauchs als untauglich für die Sicherung des Gläubigers verworfen werden muß.

Weiterhin wäre als das beste Mittel zur Sicherung des Gläubigers die Bestellung eines aufschiebend bedingten Nießbrauchs vorzuschlagen. Da das Gesetz es nicht ausdrücklich verbietet, kann der dingliche Vertrag des § 1032 auch unter einer Suspensivbedingung abgeschlossen werden.[121]) Beide Parteien werden sich also dahin zu einigen haben, daß der Gläubiger einen Nießbrauch an der Sache erwerben soll, so jedoch, daß die Wirkung dieses Rechtsgeschäfts erst eintritt, falls am Tage der Fälligkeit das geliehene Geld nicht zurückgezahlt wird. Zwar ist bis zum Eintritt dieser Bedingung das Recht noch nicht entstanden, aber es besteht eine rechtliche Gebundenheit, infolge deren jede in der Schwebezeit getroffene Verfügung insoweit unwirksam ist, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde.[122]) Zu der Einigung muß auch hier die Übergabe oder eines der Ersatzmittel der §§ 929 bis 931 hinzutreten. Um sich gegen spätere Verfügungen des Eigentümers zu sichern, wird aber der vorsichtige Gläubiger auf körperliche Übergabe oder Zession des Herausgabeanspruchs dringen,[123]) da er sich auf die Unwirksamkeit aus § 161 Abs. 1 gegenüber einem gutgläubigen Erwerber nicht berufen kann,[124]) ihm also am Schutze des § 936 gelegen sein muß. Soweit Mobilien in Frage stehen, erhält der Gläubiger durch die bedingte Bestellung des Nießbrauchs eine ausreichende Sicherheit, ja, seine Stellung ist weniger gefährdet als in den früher besprochenen Fällen. Doch kann der Nießbrauch nur an eine bestimmte Person bestellt werden, da das Recht nicht subjektlos zu entstehen vermag. Aus diesem Grunde muß es dem Gläubiger oder einem sofort zu benennenden Dritten eingeräumt werden, während die Auswahl des letzteren bei der unwiderruflichen Vollmacht dem Gläubiger noch längere Zeit freisteht. Deshalb ist die dritte Art der Kreditgewinnung

[121]) Maenner, S. 23.
[122]) § 161 Abs. 1 BGB.
[123]) § 870 BGB.
[124]) § 161 Abs. 3 BGB.

für Grundstücke — ein suspensiv bedingter Nießbrauch kann auch an ihnen bestellt und ins Grundbuch eingetragen werden — von untergeordneter Bedeutung gegenüber dem vorgemerkten Anspruch auf Bestellung der Dienstbarkeit.

Soll durch die Übertragung des Nießbrauches ein Ersatz für das römische Nutzungspfand ohne Verkaufsbefugnis geschaffen werden, so ist die Resolutivbedingung am Platze. Wenn es dem Willen der Parteien entspricht, daß der Ertrag aus der Sache das Kapital tilgt, so erhält der Gläubiger einen von Anfang an wirksamen Nießbrauch, der jedoch zu bestehen aufhört, sobald der Reinertrag der Nutzungen dem geschuldeten Betrage gleichkommt.[125]) Um das Verhältnis der Antichrese ähnlich zu gestalten, müßte die Rückzahlung des Darlehns zur lösenden Bedingung gemacht werden. Mit Eintritt der Bedingung endigt der Nießbrauch ohne weiteres Zutun der Parteien. Sofern er im Grundbuche eingetragen war, steht dessen Inhalt mit der wirklichen Rechtslage nicht mehr im Einklange, so daß der Eigentümer von dem Gläubiger gemäß § 894 die Zustimmung zu der Berichtigung des Buches verlangen kann.

Als Ergebnis der vorstehenden Untersuchung kann wohl ausgesprochen werden, daß zwar die Verpfändbarkeit des Nießbrauchs nach dem neuen Gesetzbuche eine wesentlich andere Beurteilung erfahren mußte, als sie ihr zur Zeit Marzians zuteil werden konnte, daß aber auch unter der Herrschaft des modernen Rechts weder dem Teilberechtigten noch dem Eigentümer die Verwertung des Nießbrauchs zur Kreditbeschaffung geraubt wird. Ja, bei der Bindung dieses Rechts durch den Eigentümer sind die heutigen Ergebnisse bessere, als sie die römischen Juristen zu schaffen wußten, denn wenn das Objekt ein Grundstück sein soll — es ist dieses der wichtigste Fall —, so erhält der Gläubiger eine Gewähr, die ihm die Verpfändung des Ususfrukts nicht besser zu geben vermochte, und daneben bleibt die Sicherheit des Verkehrs gewahrt, was die römische Rechtsordnung nie erreicht hat. So zeigt sich, wie glücklich gerade bei der Regelung des Sachenrechts im Bürgerlichen Gesetzbuche deutsche und römische Gedanken in einander überströmten.

---

[125]) Vergl. Oberneck, S. 891.